Die
successive Berufung zur Erbschaft
nach BGB.
im Vergleich mit dem gemeinen Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Waldemar Köppen
Kammergerichts-Referendar.

AUAD. LANDESBIBL.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902.

Litteratur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., 1889.

Bähr, Zum Erbrecht des BGB. (Archiv für bürgerliches Recht Bd. III).

Baron, Pandekten, 8. Aufl., 1893.

Baron, Das Erbrecht in dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 75, 1889).

Böhm, Das Erbrecht des BGB. 1896.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 1896. Bd. III.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung d. BGB. für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 3. Aufl., 1899.

Büchel, Streitfragen aus Novelle 118, 1839.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. für das Deutsche Reich, 1900. Bd. II.

Dernburg, Pandekten, 5. Aufl., 1897.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB., 3. bis 5. Aufl., 1899. Bd. III.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht 1899, Bd. II 3. Lfg.

Fischer-Henle, Kommentar zum BGB., 2. Aufl., 1898.

Fitting, Zur Lehre vom Anwachsungsrecht (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 57).

Franke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, Nr. 8.

Frommhold, Kommentar zum BGB. 1899.

Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts, 1896.

Hofmann, Kritische Studien im römischen Recht, 1885.

Klöppel, Das Familien- und Erbrecht des Entwurfs zum BGB. (in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 33.)

Knitschky, Erbschaft und Erbteil (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 91, 1901).

Kohler, Stammeinheit und Nachberufung (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 59.)

Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erb-Rechts, 1895.

Krieg, Delation der Erbschaft im Falle einer Totgeburt, 1876.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., III. Teil, 1901.

Kühnast, Das Erbrecht des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich, 1888.

Leonhard, Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der successio graduum vor dem Akkreszenzrecht, 1874.

Materialien zum BGB. in der Ausgabe von Mugdan 1899, Bd. 5.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1899, Bd. 2.

Merkel, Lehre von der successio graduum unter Intestaterben, 1874.

Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht, 1876.

Planck, Kommentar zum BGB., erste und zweite Aufl., 1899/1900.

Puchta, Pandekten, 12. Aufl., 1877.
Salinger, Die Nacherbfolge nach dem BGB. (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19).
Scherer, Kommentar zum BGB., Bd. 5, 1900.
Schiffner, Die sogen. gesetzl. Vermächtnisse, 1895.
Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzl. Vermächtnisse nach BGB., 1897.
Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts, I. Teil, 1863.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 27.
Sohm, Institutionen, 7. Aufl., 1898.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB., II. Aufl., 1901.
Strohal, Transmission pendente condicione, 1879.
von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., 1867, Bd. II.
Wendt. Lehrbuch der Pandekten, 1888.
Wilke, Gutachten aus dem Anwaltstande, Heft 11.
Wilke, Reatz, Koffka, Neumann, Kommentar zum BGB., 1900, Bd. 5.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., 1891, Bd. III.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1901. Bd. III.

Gliederung.

Einleitung: Geschichtlicher Überblick § 1

Allgemeiner Teil:

Die Berufung zur Erbschaft überhaupt.

1. Begriff und Wesen der Berufung § 2
2. Voraussetzungen der Berufung § 3
3. Berufungsgründe § 4

Besonderer Teil:

Die successive Berufung zur Erbschaft.

I. Begriff und Wesen § 5
II. Gründe, welche eine successive Berufung herbeiführen
   1. Im allgemeinen § 6
   2. Im einzelnen
      a) Ausschlagung und Abstinenz § 7
      b) Feststellung der Erbunwürdigkeit § 8
      c) Tod des Delaten § 9

Anhang zu II.

Totgeburt des nasciturus § 10

III. Zeitpunkt des Eintritts und der Wirksamkeit der successiven Berufung § 11

IV. Das Fortschreiten der successiven Berufung
1. innerhalb der gesetzlichen Erbfolgeordnung § 12
2. innerhalb der letztwilligen Erbfolgeordnung § 13
3 von der letztwilligen zur gesetzlichen Erbfolgeordnung § 14
4. bei Wegfall nur eines von mehreren Mitberufenen § 15
Schluß: Kritische Bemerkungen § 16

Einleitung.

Geschichtlicher Überblick.

§ 1.

Durch den Tod eines Menschen wird seinem Vermögen das Rechtssubjekt genommen. Das Vermögen darf aber nicht herrenlos bleiben; es muß für den Verstorbenen ein Ersatz geschaffen werden, sonst würde mit dem Tode eines Schuldners seinen Gläubigern jeder Anhalt genommen und eine Kreditgewährung nur mit größter Gefahr möglich sein.

Diese Aufgabe löst das Erbrecht durch Aufstellung des Prinzipes der Universalsuccession, welches schon das römische Recht beherrschte und auch in das BGB. übergegangen ist. Damit ist nicht die für das römische Recht vielfach vertretene Ansicht, daß der Erbe die Person des Erblassers fortsetze,[1] anerkannt, sondern nur ausgesprochen, daß die Früchte des Schaffens und Wirkens eines Menschen, die sich in seinem Vermögen (im weitesten Sinne) darstellen, auch nach seinem Wegfall als Einheit bestehen bleiben, nur unter einem neuen Rechtssubjekte, dem Erben. Das Erbrecht macht also den Menschen nicht unsterblich, sondern beweist im Gegenteil, daß jeder Mensch ersetzt werden kann.

1) Vgl. z. B. Dernburg a. a. O. Bd. III § 55 S. 99, Sohm a. a. O. § 108 S. 477.

Es fragt sich nun, wer im einzelnen Falle an die Stelle des Verstorbenen treten soll. Das zu bestimmen, ist Aufgabe der Rechtsordnung; sie hat für jeden Erblasser den Universalsuccessor bereit zu stellen. Wird dieser nicht Erbe, so muß auch für ihn ein Ersatzmann vorhanden sein und so fort. Dieses Ziel wird im Wege der successiven Berufung erreicht.

Eine solche war dem alten römischen Civilrechte unbekannt; hier galt der Satz: In legitimis hereditatibus successio non est.[1] Es gab nur eine einzige Delation der Intestaterbschaft, war sie erfolglos geblieben, wurde nicht weiter deferiert. Der Nachlaß konnte vielleicht durch usucapio pro herede einen Erben erhalten, geschah dies nicht, so war er herrenlos. Aber nur bei der gesetzlichen Erbfolge war die Succession ausgeschlossen. Blieb dagegen die testamentarische Berufung ohne Erfolg, so wurde den Intestaterben deferiert; dieser Satz war im klassischen Rechte bereits anerkannt: Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit . . . . . aut nemo ex eo heres extitit.[2] Ebenso war innerhalb der testamentarischen Erbfolge mit Hilfe der Vulgarsubstitution eine successive Delation möglich.

Auch im Gebiete der Intestaterbfolge hat sie sich allmählich Bahn gebrochen. Mit der Neugestaltung der Erbklassen hat der Prätor auch das Prinzip der successiven Berufung durch das sogen. edictum successorium[3] eingeführt, freilich allgemein zunächst nur die sogen. successio

1) Gai III, 12, § 7 J. de leg. agn. succ. III, 2.

2) pr. J. III, 1; Vgl. auch l. 1 pr. D. de suis et legitimis heredibus 38,16.

3) tit. D. de success. edicto. 38,9.

ordinum. Wenn von der zunächst berufenen Klasse niemand von der bonorum possessio Gebrauch machte, so konnte die bonorum possessio von der nächstfolgenden Klasse erbeten werden. Dagegen die successio graduum, d. h. Fortschreiten der Berufung innerhalb der einzelnen Klasse, war nur für die Kognatenklasse anerkannt, ob auch für die Klassen unde legitimi und unde liberi, ist bestritten, doch dürfte es zu verneinen sein.[1]

Justinian hat schon vor der Nov. 118 der successiven Berufung ein größeres Anwendungsgebiet gegeben, und zwar dadurch, daß er sie auch in der Agnatenklasse zuließ,[2] in der Klasse unde liberi fand sie auch jetzt noch keinen Eingang.[3] Erst in der Novellengesetzgebung Justinians ist sie durchweg zur Anerkennung gelangt und so in das gemeine Recht übergegangen.

Auch das BGB. hat das Prinzip der successiven Berufung allgemein durchgeführt.

---

1) Eine eingehende Behandlung dieser Streitfrage findet sich bei Büchel a. a. O. S. 95—106.

2) § 7 J. de leg. agn. succ. 3,2; c. 15, § 3. C. de leg. hered. 6,58.

3) Vgl. Büchel a. a. O. S. 110 - 113; Kohler a. a. O. S. 106.

Allgemeiner Teil.

Die Berufung zur Erbschaft überhaupt.

1. Begriff und Wesen der Berufung.

§ 2.

Der Beantwortung der Frage, wann nach dem BGB. im Vergleich zum gemeinen Rechte eine successive Berufung zur Erbschaft möglich ist, und an wen sie sich wendet, sollen zuerst einige allgemeine Bemerkungen über die Berufung überhaupt vorausgeschickt werden, da die Feststellung des Begriffes „Berufung" für die folgende Abhandlung unentbehrlich ist.

Das Wort „Berufung" wird in sehr verschiedenem Sinne gebraucht. Bei letztwilligen Verfügungen sagt man oft schon bei Lebzeiten des Erblassers, der Erbe sei berufen; ebenso spricht man bei der Intestaterbfolge schon vor dem Tode des Erblassers von einer Berufung der nächsten Verwandten; auch das Anwartschaftsrecht, welches nach BGB. alle nur möglicherweise Erbfolgeberechtigten sogleich mit dem Erbfall erwerben, bezeichnet man wohl mit Berufung. In allen diesen Fällen liegt aber weder nach BGB., noch nach gemeinem Rechte eine eigentliche Berufung, eine Berufung im technischen Sinne vor.

I. Das BGB. giebt keine Begriffsbestimmung der Berufung. Sie ist auch für das Gesetzbuch entbehrlich,

da die Berufung infolge der Unmittelbarkeit des Erbschaftserwerbes ihre praktische Bedeutung verloren hat.

Das BGB. schließt sich nämlich dem deutschen Rechte an und geht demgemäß von dem Satze aus: „Der Tote erbt den Lebendigen." Es tritt also ein Erbschaftserwerb kraft Gesetzes ein, unmittelbar „mit dem Tode" (§ 1922) des Erblassers geht die Erbschaft auf den Erben über. Damit fällt der zeitliche Unterschied zwischen Berufung und Erwerb, wie er im gemeinen Recht bestand, fort; beide Thatsachen fallen in einem Punkte, dem „Anfall der Erbschaft" (§ 1942 Abs. 1) zusammen. Allein der begriffliche Unterschied ist auch nach BGB. nicht aufgehoben. Das Gesetzbuch spricht selbst an verschiedenen Stellen von Berufung und berufenen Erben, so in den §§ 1930, 1942 Abs. 1, 1948, 1949, 1953, 2344. Wir müssen daher die angezogenen Paragraphen näher prüfen und versuchen, aus ihnen einen Begriff der Berufung abzuleiten.

Zu § 1942 Abs. 1 bemerken die Motive Seite 488: „Wer, vorbehaltlich des Rechtes der Ausschlagung, erwirbt, ist berufen." Diese Fassung ist wenig glücklich gewählt. Sie erweckt den Glauben, als wäre der Erwerb die Ursache, welche als Wirkung die Berufung nach sich zieht.[1] Es sollte damit aber wohl nur ausgedrückt werden, daß nur derjenige berufen ist, auf welchen die Erbschaft thatsächlich, wenn auch vorbehaltlich der Ausschlagung, übergeht, daß also der Berufene auch immer sofort Erbe wird. Das ergiebt sich allerdings aus dem Wortlaut des § 1942 Abs. 1.

Das Gesetzbuch spricht in diesem Paragraphen schlechtweg von dem berufenen Erben. Daraus müssen

1) Vgl. auch Endemann a. a. O. § 77 Anm. 5 S. 336.

wir schließen, daß es neben ihm keine anderen berufenen Erben giebt, welche die Erbschaft aus irgend einem Grunde nicht erwerben könnten. Es sind also nicht alle nur möglicherweise in Betracht kommenden Erbfolgeberechtigten schon mit dem Erbfall „berufen.“ [1]

Das ergiebt sich aber auch noch aus folgender Bestimmung. In § 1930 heißt es: „Ein Verwandter ist *nicht* zur Erbfolge *berufen*, so lange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist.“ Wenn man also behauptet, daß mit dem Erbfall sämtliche eventuellen Erben berufen seien, so ist darunter keine Berufung im Sinne des BGB. zu verstehen. Diese Ansicht scheint auch Matthiaß zu vertreten, denn er sagt, a. a. O. in § 142 S. 377: „Die gesetzliche Berufung tritt nicht notwendig schon mit dem Tode des Erblassers ein.“

Schließlich seien noch die §§ 1953 Abs. 2 und 2344 Abs. 2 herangezogen. Hier heißt es: „Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende (bezw. Erbunwürdige) zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte,“ d h. negativ ausgedrückt: sie fällt demjenigen an, welcher darum *nicht* schon mit dem Erbfall *berufen werden konnte*, weil der Ausschlagende (bezw. Erbunwürdige) zur Zeit des Erbfalls gelebt hat.

Aus allen diesen Bestimmungen ergiebt sich also, daß nicht eher von einer Berufung die Rede sein kann, als in dem Zeitpunkte, wo die Möglichkeit des thatsächlichen Anfalls der Erbschaft gegeben ist.

---

1) So aber Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 1930. Über die Natur des ihnen zustehenden Rechtes vgl. unten S. 34/35.

Berufung ist also die Bestimmung der Person desjenigen, welchem die Erbschaft unmittelbar anfällt.

Auch die Berufung des BGB. begründet ein subjektives Recht auf den Erwerb der Erbschaft, nur bedarf es keiner Willenserklärung des Erben, sondern in dem Momente, wo ihm dieses Recht anfällt, geht auch die Erbschaft auf ihn über. Daß aber ein solches Recht begrifflich besteht, ergiebt sich daraus, daß das BGB. dem Erben die Möglichkeit giebt, die Erbschaft auszuschlagen oder anzunehmen.[1] Zwar bedarf die Annahme keiner ausdrücklichen Willensäußerung des Erben, sondern gilt mit dem Ablauf der Ausschlagungsfrist als erfolgt (§ 1943); jedoch kann man darin, daß der Erbe[2] die Frist erfolglos verstreichen läßt, eine stillschweigende Annahmeerklärung sehen.

Die Berufung giebt den Grund dafür an, daß grade die bestimmte Person im Einzelfalle die Erbschaft erhalten soll. Der Erwerb ist erst die Wirkung dieser so zwischen Erbschaft und Erben geschaffenen Beziehung.[3] Beide, Berufung und Erwerb, erfolgen aber in demselben Augenblick, und zwar gewöhnlich im Moment des Erbfalls (§ 1922). Es kann jedoch auch noch später eine Berufung und ein Erwerb der Erbschaft stattfinden, nur erfolgt hier in der Regel eine Rückziehung auf den Zeitpunkt des Erbfalls, so stets bei der successiven Berufung (§§ 1953 Abs. 2 und 2344 Abs. 2), nicht aber bei der Nacherbfolge (§ 2139).[4] Aber

1) Vgl. §§ 1942 Abs. 1 und 1943.

2) Erbe heißt im BGB. auch derjenige, welcher die Erbschaft noch nicht endgültig erworben hat, vergl. § 1959 Abs. 1.

3) Vgl. Endemann a. a. O. § 7 a. E. S. 33.

4) Vgl. auch Endemann a. a. O. § 39 No. 2 b S. 169.

auch im Falle der Nacherbfolge bleibt der Nachlaß nicht etwa bis zur Berufung des Nacherben herrenlos, sondern es findet zugleich mit dem Erbfall der Anfall der Erbschaft an den Vorerben statt (§ 2100 in Verbindung mit § 1922).

Diese Regelung des Gesetzbuches hat die hereditas iacens und die römische Transmission unmöglich gemacht. [1]

Allein der ipso iure-Erwerb der Erbschaft macht den Erben nicht zum Zwangserben — Zwangserbe ist nur der Fiskus (§ 1942 Abs. 2) —, sondern es ist ihm grundsätzlich ein Ausschlagungsrecht vorbehalten (§ 1942 Abs. 1). Dadurch wird nun allerdings wieder bis zur Annahme der Erbschaft, bezw. Ablauf der Ausschlagungsfrist, ein Zustand der Ungewißheit über die Person des Erben hergestellt. Jedoch den aus dieser Unsicherheit sich etwa ergebenden Gefahren ist vorgebeugt durch die in § 1960 BGB. geregelte gerichtliche Nachlaßfürsorge, insbesondere Nachlaßpflegschaft. Der Pfleger wird aber nicht als Pfleger des Nachlasses als solchen, sondern als Pfleger desjenigen angesehen, „welcher (definitiv) Erbe wird."

Ein Erbe ist nach BGB. also immer schon mit dem Erbfalle vorhanden, wenn auch unbekannt ist, wer es ist, oder ob er angenommen hat, während nach gemeinem Recht die Erbschaft vor der Acquisition, abgesehen von dem Fall, daß ein suus Erbe wird, ohne Erben „liegt" (hereditas iacet).

II. Im gemeinen Recht fielen nämlich Berufung und Erwerb zeitlich nicht zusammen: Delata hereditas

1) Ein der hereditas iacens ähnlicher Zustand besteht allerdings beim Vorhandensein eines nasciturus, der im Falle lebender Geburt berufen ist; vergl. darüber unten S. 31 Anm. 2.

intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.[1] Die Erbschaft ist dann deferiert, wenn der Erbe sie durch bloße Antrittserklärung erwerben kann, ohne daß er gezwungen wäre, noch den Eintritt irgend eines Ereignisses abzuwarten. Diese „sofort wirksame"[2] Berufung wird zuweilen in der Wissenschaft als Delation von der Berufung scharf gesondert.[3] Doch gewöhnlich bezeichnet man sie als Berufung schlechtweg. Man muß sich dann nur hüten, den Begriff zu weit zu fassen.

Wenn im folgenden von Berufung die Rede ist, so ist darunter stets die „sofort wirksame" Berufung zu verstehen.

Nach gemeinem Recht vollzog sich nun die Erbfolge in zwei Stadien, nämlich dem der Delation oder Berufung und dem des Erwerbes oder der Acquisition. Nur die Hauskinder (sui) des Erblassers erwarben als heredes necessarii die Erbschaft ipso iure, d. h. ohne, ja gegen ihren Willen; es war ihnen aber vom Prätor ein beneficium abstinendi eingeräumt. Doch die Stellung der sui bildete eine Ausnahme; gewöhnlich wurde mit dem Berufungsfall, d. h. dem eine Erbfolge herbeiführenden Ereignis, dem Erben die Erbschaft erst deferiert, sei es durch Gesetz oder durch letztwillige Verfügung.

Diese Delation gewährte dem Erben die rechtliche Möglichkeit, die Erbschaft zu erwerben, sie gab ihm ein Erbfolgerecht, ein ius successionis.[4] Dieses Recht war

1) l. 151 D. 50,16.

2) Vergl. Windscheid a. a. O. § 529 Anm. 7 und § 530 Anm. 1.

3) So Brinz a. a. O. § 386.

4) Vgl. Brinz a. a. O. § 357 S. 1.

ein höchstpersönliches, es war unveräußerlich und unvererblich [1]. Nur ausnahmsweise war das Recht zum Erbschaftsantritt vererblich, nämlich in den sog. Transmissionsfällen.

Für den Erbschaftserwerb mußte nun zu diesem objektiven Thatbestand, der Berufung, noch ein subjektives Moment, die Willenserklärung des Delaten, hinzukommen. Erst wenn diese erfolgte, wurde der Berufene Erbe. Die Folge war, daß zwischen der Berufung und dem Antritt des Erben ein längerer oder kürzerer Zeitraum lag; während dessen ruhte die Erbschaft (hereditas iacebat).[2]

Es war also nicht, wie nach BGB, schon stets mit dem Erbfall ein Erbe vorhanden.

Darin liegt ein prinzipieller, tiefgreifender Unterschied zwischen dem gemeinen Recht und dem BGB., der auch für die successive Berufung von bedeutendem Einfluß ist.

2. Voraussetzungen der Berufung.

§ 3.

Damit eine Berufung im Sinne des § 2 der vorliegenden Abhandlung ergehen kann, müssen in der Person des Erblassers und des Erben gewisse Bedingungen erfüllt sein. Diese Voraussetzungen der Berufung sind im gemeinen Recht und im BGB. im wesentlichen die gleichen.

1) l. un. § 5 C. de cad. toll. 6,51; vgl. auch l. 3 § 7 D de bon. poss. 37,1; l. 7 C. de iure delib. 6,30.

2) l 13 § 5 D. quod vi aut clam 43,24.

Beide Rechte verlangen:

1. in der Person des Erblassers Tod. Hereditas viventis non datur.[1] In diesem Zeitpunkt kann die Berufung frühestens erfolgen; zuweilen ist ihr Eintritt aber noch von einem späteren Ereignis abhängig, so bei Einsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung von dem Eintritt dieser Bedingung, bei Einsetzung eines nasciturus von seiner Geburt, in allen Fällen successiver Berufung vom Wegfall des Erstberufenen, schließlich bei der Nacherbeinsetzung des BGB. vom Wegfall des Vorerben.

2. In der Person des Erben ist Voraussetzung für die Berufung Existenz zur Zeit des Todes des Erblassers. Es ist jedoch nur Existenz im Mutterleibe erforderlich, in dem Sinne, daß die Berufung des nasciturus bis zu seiner Geburt aufgeschoben wird.[2] Wer also beim Tode des Erblassers nicht mindestens konzipiert ist, kann weder nach BGB., noch nach gemeinem Recht berufen werden, auch wenn er zur Zeit des Berufungsfalls lebt.[3]

Für das gemeine Recht ist dies wenigstens die herrschende Ansicht,[4] und sie hat zweifellos auch den Gesetzestext für sich.[5] Dernburg[6] behauptet zwar, daß für das

1) l. 1 D. de h. v. a. v. 18,4; l. 27 D. de a. v. o. h. 29,2; BGB. § 1922.

2) l. 10 D. 37,9; l. 3 D. 37,11; BGB. § 1923 Abs. 2.

3) Vgl. BGB. §§. 1923, 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2, 2108 Abs. 1, l. 6 pr. i. f. D. 28,3; l. 6, 7, 8 pr. D. 38,16; § 8 J. 3,1; l. 3 D. 37,11.

4) Vgl. Windscheid a. a. O. § 535 S. 18; Vangerow a. a. O. § 411 S. 39/40; Brinz a. a. O. § 382 S. 127; Büchel a. a. O. S. 2 ff.

5) Vgl. Anm. 3 auf dieser Seite.

6) a. a. O. § 135 No. 1 S. 277.

Recht nach Nov. 118 ein „erweiterter Verwandtschaftsbegriff“ gelte. Allein, wenn man davon ausgeht, daß sich die Erbschaftsklassen der Nov. 118 nur als eine Erweiterung und Vervollkommnung der Klasse unde cognati darstellen,[1] und wenn man ferner berücksichtigt, daß ein zur Todeszeit des Erblassers noch nicht Konzipierter auch die bonorum possessio unde cognati nicht erbitten konnte,[2] so muß man zu dem Resultat kommen, daß auch nach der Nov. 118 das Erfordernis der Koexistenz zwischen Erben und Erblasser bestanden hat.

Das dies der Billigkeit entspricht, wird man freilich nicht behaupten können;[3] allein auch das BGB. hat in § 1923 die gleiche Bestimmung getroffen, trotzdem die Motive S. 358 und 376 ausdrücklich anerkennen, daß hierin eine gewisse Härte liegen kann. Nur wenn eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person durch letztwillige Verfügung zum Erben ernannt ist, läßt sie das BGB., um den Willen des Erblassers möglichst vollkommen zu verwirklichen, im Zweifel als Nacherben gelten; wenn dies aber dem Willen des Erblassers nicht entspricht, ist die Einsetzung unwirksam (BGB. § 2101 Abs. 1.)

Fielen Erbfall und Berufungsfall nicht zusammen, so mußte nach gemeinem Recht der Erbe auch zur Zeit des Berufungsfalls noch leben.[4]

Bei Berufung einer Suspensivbedingung gilt dies auch nach BGB. (§ 2074), während sonst der Nacherbe

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 42.

2) § 8 J. 3,1; l. 8 pr. D. 38,16.

3) Vgl. auch Dernburg a. a. O. § 59 S. 108 und § 135 Anm. 3 S. 277.

4) l. 3,69 D. de a. v. o. h. 29,2.

nur den Erbfall, nicht auch den Nacherbfall erlebt zu haben braucht (§ 2108 Abs. 2 BGB.). Auch bei der successiven Berufung erfordert das BGB. nicht, daß der Erbe den Berufungsfall erlebt hat (BGB. §§ 1953 Abs. 2 und 2344 Abs. 2). Daß der nasciturus zur Zeit des Berufungsfalls, also im Augenblick seiner Geburt, leben muß, ist selbstverständlich; denn wenn er tot zur Welt kommt, ist er überhaupt niemals existent gewesen.

3. Das römische Recht verlangte als dritte Voraussetzung der Berufung noch Erbfähigkeit. Doch schon im gemeinen Recht fiel die Erbfähigkeit mit der allgemeinen Rechtsfähigkeit zusammen,[1] und ebenso ist es auch nach dem Rechte des BGB.[2]

3. Berufungsgründe.

§ 4.

Wenn die im vorhergehenden Paragraphen erwähnten Voraussetzungen vorliegen, kann eine Berufung erfolgen. An wen sie sich wendet, darüber entscheidet in erster Linie das Gesetz; fernerer Berufungsgrund ist die Verfügung von Todes wegen, und zwar in Form des Testamentes oder des Erbvertrages. Auch die Verfügung von Todes wegen beruht auf dem Gesetz, insofern sie im Gesetz ihre Anerkennung findet. Gesetzliche Berufung heißt nur, daß die Berufung auf Grund von Thatsachen erfolgt, die unmittelbar im Gesetz ausgesprochen sind und nicht in einer Anordnung des Erblassers bestehen.[3]

---

1) Vgl. hierüber Dernburg a. a. O. § 59 S. 107.
2) Vgl. Endemann a. a. O. § 6 No. 2 S. 26.
3) Vgl. auch Matthiaß a. a. O. § 141 S. 375.

Die gesetzliche Erbfolge ist die Regel, die gewillkürte greift nur als Ausnahme in den gewöhnlichen Hergang ein. Das ergiebt sich auch aus der Systematik des BGB.

Im gemeinen Recht dagegen, welches dieselben Berufungsgründe[1] wie das BGB. kennt, galt das Testament als das Gewöhnliche, und nur, wenn eine letztwillige Anordnung nicht getroffen war, mußte das Gesetz die Lücke ausfüllen. Diese Regelung beruht auf der großen Bedeutung, die man im römischen Recht dem Testament beilegte: die Einsetzung im Testament galt als Ehrenbezeugung für den Instituten. Dies hat im römischen Recht zur Aufrechterhaltung eines wenig zweckmäßigen Satzes mit beigetragen, nämlich der Bestimmung: nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest.[2]

Dieser Grundsatz, der wohl hauptsächlich seine Ursache darin hatte, daß man sich im alten römischen Recht scheute, die verschiedenen Berufungsgründe miteinander zu vermischen, der auch merkwürdigerweise in das gemeine Recht mit übernommen worden ist, hatte vor allem die Folge, daß, wenn die Erben im Testament nur auf einen Teil des Nachlasses eingesetzt waren, ihnen gleichwohl der andere Teil zufiel. Nach BGB. (§ 2088 Abs. 1) tritt in diesem Falle gesetzliche Erbfolge neben der testamentarischen ein. Während nach BGB. (§ 2258 Abs. 1) auch zwei Testamente neben einander bestehen können, so weit sie inhaltlich sich nicht widersprechen, beseitigte im gemeinen

1) Dem römischen Recht war ein Erbvertrag unbekannt; er ist erst aus dem deutschen Gewohnheitsrecht in das gemeine Recht übernommen worden.

2) So § 5 J. 2,14 Für den Erbvertrag galt dieser Satz nicht, vergl. auch Windscheid a. a. O. § 537 S. 21 und Dernburg a. a. O. § 57 a. E. S. 105.

Recht ein gültiges Testament allein schon durch sein Dasein das alte, auch wenn der Testator dies nicht erklärt hatte und die Testamente ihrem Inhalte nach zu einer sinngemäßen Verfügung hätten vereint werden können.[1]

In Konkurrenz mit den erwähnten Berufungsgründen trat im gemeinen Recht noch die Berufung der sog. Noterben, gewisser dem Erblasser besonders nahe stehender Personen. Das BGB. hat dieses formelle Noterbenrecht aufgegeben, es kennt nur noch ein materielles. Danach werden die betreffenden Personen nicht mehr „zur Erbschaft berufen," sondern erhalten nur einen Pflichtteilsanspruch.

Ebenso hat der Vermächtnisnehmer nach BGB., wie schon nach gemeinem Recht, nur ein Forderungsrecht.[2] Man spricht wohl auch bei Vermächtnisnehmern, namentlich wenn es sich um sog. gesetzliche Vermächtnisse handelt, von Berufung,[3] doch das ist nur eine Berufung zu einem „Einzelerwerbe", keine Berufung „zur Erbschaft", zur Erbschaft werden nur die Erben berufen.

---

1) § 2 J. 2,17; l. 11.18 D. 28,3.

2) Im gemeinen Recht hatte der Vermächtnisnehmer allerdings daneben noch ein dingliches Recht an den vermachten Sachen, wenn diese zum Nachlaß des Erblassers gehörten. Dadurch wurde aber keine Berufung zur Erbschaft begründet.

3) So z. B. Schiffner a. a. O. § 8 S. 24 und § 11 S. 33.

Besonderer Teil.

Die successive Berufung zur Erbschaft.

I. Begriff und Wesen.

§ 5.

Successive Berufung ist diejenige Berufung, welche bei Erfolglosigkeit einer vorhergehenden an deren Stelle tritt, und zwar zu Gunsten desjenigen, der sofort berufen sein würde, wenn ihn der vorher erfolglos Berufene nicht von der Berufung ausgeschlossen hätte.[1]

Die zweite Berufung rückt auch nach BGB. als werdende, nicht als bereits entstandene in die frei gewordene Stelle der ersten ein. Zum entgegengesetzten Ergebnis muß man kommen, wenn man annimmt, daß alle nur möglicherweise Erbfolgeberechtigten gleich mit dem Erbfall berufen werden. Es entsteht aber nach BGB., wie nach gemeinem Recht die folgende Berufung erst im Augenblick des Wegfalls der vorhergehenden, nur fingiert das BGB. stets, daß Berufung und Anfall bereits zur Zeit des Erbfalls erfolgt seien.

Das Hauptgewicht ist bei der Begriffsbestimmung der successiven Berufung darauf zu legen, daß die erste Berufung erfolglos geblieben ist, daß der an erster Stelle Berufene die Erbschaft nicht erworben hat. Denn

1) Vgl. auch die Definition bei Windscheid a. a. O. § 573

ist er Erbe geworden, so erfolgt zwar nach seinem Tode wiederum eine Berufung, diese tritt aber nicht für die vorhergehende ein; es liegt keine successive Berufung, sondern successive Erbfolge vor.

Für jede erfolglose Berufung ergeht immer wieder eine andere, und zwar wiederholt sich das solange, bis schließlich einer der Berufenen die Erbschaft endgültig erwirbt. Ein Ziel ist in der Zwangserbenstellung des Fiskus gegeben.

II. Gründe, welche eine successive Berufung herbeiführen.

1. Im allgemeinen.

§ 6.

I. Die Erbschaft fällt nach BGB., wie im § 2 dieser Abhandlung entwickelt ist, dem Berufenen stets unmittelbar mit der Berufung an, der Berufene ist auch immer gleichzeitig Erbe. Danach scheint es so, als ob für eine successive Berufung im BGB. kein Raum ist, da diese Erfolglosigkeit der vorhergehenden Berufung voraussetzt.

Allein unser Gesetzbuch kennt einige Fälle, in denen der gültige Erbschaftserwerb mit rückwirkender Kraft wiederaufgehoben wird, in denen es so angesehen wird, als wäre „der Anfall" der Erbschaft „nicht erfolgt" (BGB. § 1953 und § 2344).

Die Berufenen sind also nur unter einer resolutiven condicio iuris Erben geworden. Mit Eintritt dieser

Bedingung wird ihr Erbschaftserwerb rückwärts aufgehoben. Dabei ist zu beachten, daß in diesen Fällen eine gültige Berufung stattgefunden hat, die nur ausnahmsweise die gewöhnliche Rechtslage nicht dauernd herbeiführte.

Anders ist es, wenn eine letztwillige Verfügung wirksam angefochten wird. Hier kann eine successive Berufung nicht eintreten. Denn wenn auch eine anfechtbare Verfügung zunächst als voll wirksam gilt und den eingesetzten Erben beruft, so ist sie doch nach erfolgreicher Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen (BGB. § 142). Auch die Berufung gilt also als garnicht erfolgt, denn auf Grund eines nichtigen Testamentes kann niemand zur Erbschaft berufen werden. Da aber eine successive Berufung stets das Vorausgehen einer anderen gültigen, wenn auch erfolglosen Berufung voraussetzt, so erfolgt jetzt erste Berufung, allerdings wieder mit rückwirkender Kraft, an diejenigen, welche nur durch das Vorhandensein der anfechtbaren Verfügung ausgeschlossen waren. [1]

II. Im gemeinen Recht brauchte die Möglichkeit des Eintritts einer successiven Delation nicht durch eine Fiktion herbeigeführt zu werden. Die successive Berufung konnte eingreifen, wenn der Delat aus irgend einem Grunde nicht Erbe werden wollte oder konnte, denn die Delation machte nicht ohne weiteres zum Erben. Nur die Hauskinder (sui) erwarben die Erbschaft unmittelbar mit dem Tode des Erblassers. Sie hatten aber das

1) Vgl. auch Böhm a. a. O. § 10 No. 9 und 11, S. 31 und 32.

Recht der Abstinenz (beneficium abstinendi), welche ähnlich wie die Ausschlagung des BGB. wirkte.

Dagegen stand die Wiederaufhebung des Erwerbes durch in integrum restitutio dem Nichterwerb nicht gleich. Hier nahm der Fiskus die Erbschaftssachen als bona vacantia an sich.[1] Das Eintreten des Fiskus beruhte aber nicht auf Berufung zur Erbschaft, sondern er wurde zum „erblosen Gut" (bona vacantia) berufen.[2]

III. Diese kurze Gegenüberstellung der Vorschriften des BGB. und des gemeinen Rechtes läßt schon erkennen, daß die Gründe, welche den Eintritt einer successiven Berufung herbeiführen, nicht dieselben in beiden Rechten sein werden. Sie sollen im folgenden einzeln aufgeführt werden, gleichgültig, ob sie nur dem BGB. oder dem gemeinen Recht angehören, oder ob sie beiden Rechten gemeinsam sind.

2. Im einzelnen.

a) Ausschlagung und Abstinenz.

§ 7.

I. Eine successive Berufung kann zunächst eintreten, wenn der durch Gesetz oder Verfügung von Todes wegen berufene Erbe die Erbschaft ausschlägt, denn in diesem Falle „gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt" (BGB. § 1953 Abs. 1). Der Ausschlagung steht die wirksam durchgeführte Anfechtung der Annahme gleich (BGB. § 1957 Abs. 1).

1) l. 2 D. de succ. ed. 38,9.
2) Vgl. Brinz a. a. O. § 383 Anm. 3 S. 128.

II. Die Ausschlagung ermöglichte auch im gemeinen Recht eine successive Delation, nur war hier, wie die obigen Ausführungen ergeben, eine Fiktion nicht erforderlich.

Auch die Abstinenz führte successive Delation herbei. Bediente sich nämlich der suus des beneficium abstinendi, so erfolgte eine neue Delation. Der suus hörte auf, Erbe zu sein; er wurde behandelt, wie wenn er nicht Erbe geworden wäre. Er behielt nur noch das nudum nomen heredis,[1] wurde aber im übrigen einem Repudianten gleichgestellt.[2] Diese Auflösung des Erbschaftserwerbes nach rückwärts hin hatte im gemeinen Recht aber nicht die Folge, daß der nächste Delat als zur Zeit des Todes des Erblassers berufen galt. Die neue Berufung äußerte ihre Wirkungen vielmehr erst vom Wegfall des Erstberufenen an.

b) Feststellung der Erbunwürdigkeit.

§ 8.

I. Der Erbunwürdige wird wie jeder andere Berufene Erbe. Die Erbunwürdigkeit ist nicht gleichzustellen mit der Erbunfähigkeit. Es kann aber dem Unwürdigen die Erbenstellung von jedem, dem der Wegfall des Unwürdigen überhaupt, nicht nur unmittelbar (BGB. § 2341) zustatten kommt, im Wege der Anfechtungsklage entrissen werden (BGB. §§ 2340 Abs. 1 und 2342 Abs. 1). Das Ziel der Klage ist, daß der Erbe für erbunwürdig erklärt wird. Ist das geschehen,

1) l. 2 § 8 D. ad S. C. Tert. 38,17.
2) l. 20 § 4 D. 29,2.

„so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt" (BGB. § 2344), und die successive Berufung hat Raum, einzugreifen.

II. In diesem Punkte hat das gemeine Recht eine andere Regelung getroffen. Zwar schloß die Erbunwürdigkeit auch hier den Erwerb nicht aus (posse adire hereditatem constat),[1] und die Erbschaft wurde dem Unwürdigen ebenfalls genommen (retinere eum non posse),[2] jedoch wurde der Erwerb nicht durch eine Fiktion beseitigt, sondern der Indignus blieb dem Namen nach Erbe,[3] während ihm allerdings jeder Vorteil aus der Erbschaft durch den Ereptor (gewöhnlich den Fiskus) genommen wurde. Die Indignität hatte also im gemeinen Recht, wie Brinz[4] treffend bemerkt, „Erfolglosigkeit vielmehr des Erwerbes als der Delation" zur Folge.

c. Tod des Delaten.

§ 9.

I. Im gemeinen Recht hatte die successive Delation auch dann Raum, wenn der Delat, ohne angetreten zu haben, starb.

Denn, wie bereits hervorgehoben, war das Recht aus der Delation unvererblich.[5] Darin lag offenbar eine große Härte, die man auch schon im römischen Recht durch Einführung der sog. Transmissionsfälle möglichst

1) l. 29 § 1 D. de iure fisci 49,14.
2) l. 2 § 1 D. 34,9; vergl. auch l. 16 § 2 D. h. t.
3) Vgl. Windscheid a. a. O. § 674 S. 372/73.
4) a. a. O. § 390 S. 165.
5) Vgl. die in Anm. 1 auf S. 17 angeführten Stellen.

zu beseitigen suchte. Doch diese blieben immer nur an gewisse Voraussetzungen geknüpfte Ausnahmen, während die Regel Eintritt successiver Delation beim Tode des Delaten bildete.

Die Transmission war keine neue Berufung, sondern Succession in die ursprüngliche Delation. Erst dann, wenn auch die Transmission zu keinem Erbschaftserwerb führte, konnte man von Erfolglosigkeit der Delation sprechen, und die successive Berufung konnte eintreten.

II. Dieser Fall ist nach dem BGB. nicht mehr denkbar. Infolge des Erbschaftserwerbes unmittelbar kraft Gesetzes vererbt der Erbe die Erbschaft weiter, wenn er sie auch durch Annahme oder Ablauf der Ausschlagungsfrist noch nicht endgültig erworben hat; der Erbeserbe hat jetzt das Recht der Ausschlagung (BGB. § 1952 Abs. 1).

Anhang zu II.

Totgeburt des nasciturus.

§ 10.

Vielfach spricht man davon, daß auch bei Totgeburt das nasciturus successive Berufung eintrete. Das dürfte aber nach den Ausführungen über den Begriff der Berufung in § 2 dieser Abhandlung weder für das BGB., noch für das gemeine Recht zutreffen.

I. „Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt" (BGB. § 1923 Abs. 1), nur wer bereits geboren ist, ist Rechtssubjekt (BGB. § 1). Da nun auch die Berufung ein Recht gewährt, nämlich ein Recht auf Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, mit dem zeitlich ein vorläufiger Anfall der Erbschaft zusammentrifft,[1] so kann der nasciturus für die Berufung nicht in Betracht kommen.

Doch da er ein werdendes Rechtssubjekt ist, nimmt die Rechtsordnung auf sein künftiges Dasein Rücksicht. Deshalb bestimmt auch das BGB. in § 1923 Abs. 2, daß, wer zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugt ist, als vor dem Erbfall geboren gilt. Dabei ist aber stets Voraussetzung der Erbrechtsfähigkeit der Leibesfrucht, daß sie lebend geboren wird; das ergiebt sich aus den Worten „noch nicht

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 14.

lebt" im § 1923 Abs. 2 BGB.[1] Es wird also die Erbrechtsfähigkeit im Fall lebender Geburt auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurückbezogen. In der Zwischenzeit bleiben die dem nasciturus später zufallenden Rechte subjektlos, sie werden für ihn reserviert.[2]

Heymann[3] will den nasciturus auf Grund seiner physischen Beschaffenheit als Rechtssubjekt ansehen, und daher rechtfertigt es sich auch, wenn er im Fall der Totgeburt der Leibesfrucht successive Berufung eintreten läßt. Denn nach seiner Auffassung erfolgt Anfall der Erbschaft und somit auch die Berufung, da beide zeitlich nicht auseinander fallen dürfen, „thatsächlich an den nasciturus durch den Tod des Erblassers".[4] Diese Auffassung dürfte sich aber mit § 1 BGB. schwer vereinbaren lassen.

Nach der hier vertretenen Ansicht erfolgen Berufung und Erwerb erst mit dem Moment der lebenden Geburt,

---

1) Vgl. Heymann a. a. O. S. 58 No. 2, Frommhold a. a. O. Anm. 2 zu § 1923 und Wilke, Kommentar, Anm. 1 zu § 1923.

2) Vgl. Matthiaß a. a. O. § 145, Anm. 4 S. 387.

Hierin liegt ein der römischen hereditas iacens ähnlicher Zustand der Herrenlosigkeit der Erbschaft, welcher durch die Fiktion des § 1923 Abs. 2 nicht beseitigt wird. Ebenso ist es, wenn die Entscheidung noch aussteht, über die Ehelichkeitserklärung eines im Fall dieser Erklärung erbberechtigten Kindes (BGB. § 1733 Abs. 3) oder über die Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt, wenn das Kind im Fall dieser Annahme erbberechtigt ist (BGB. § 1753 Abs. 3) oder schließlich über die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten und zum Erben eingesetzten Stiftung (BGB. § 84).

Freilich betrachtet das BGB. die Erbschaft während dieser Zeit nicht als eine juristische Person, sondern als das Vermögen einer unbekannten Person (BGB. § 1960).

Vgl. hierzu Windscheid-Kipp a. a. O. in der Anmerkung zu § 531 S. 193/94.

3) a. a. O. S. 60 Anm. 4.

4) Vgl. Heymann a. a. O. S. 57 Anm. 2.

werden dann aber auf den Erbfall zurückbezogen.[1] Die notwendige Folge ist, daß im Falle der Totgeburt des nasciturus überhaupt keine Berufung an ihn ergeht und auch nicht ergehen kann. Es erfolgt vielmehr jetzt Berufung desjenigen, welcher von vornherein berufen worden wäre, wenn der nasciturus auch als solcher nicht vorhanden gewesen wäre, und zwar gilt er infolge des Prinzipes der Unmittelbarkeit der Erbfolge als mit dem Erbfall berufen. Diese Berufung ist aber erste Berufung, da ihr noch keine andere gültige Berufung vorangegangen ist.

Wenn also z. B. Planck und Matthiaß[2] hier von successiver Berufung sprechen, so ist das nur so zu erklären, daß sie das Wort Berufung in einer anderen als der in § 2 entwickelten Bedeutung gebrauchen. Das dürfte aber, wie oben in § 2 ausgeführt, mit dem Wortlaut des Gesetzes sich nicht in Einklang bringen lassen.

II. Zu demselben Ergebnis kam in dieser Frage das gemeine Recht. Auch hier war der nasciturus noch kein Rechtssubjekt, daher konnte vor seiner Geburt noch keine Berufung erfolgen, sondern es wurde ihm das Recht, die Erbschaft zu erwerben, unter der condicio iuris der lebenden Geburt reserviert.[3] Versagte die Bedingung, so wurde das dem nasciturus vorbehaltene Recht so aufgehoben, als ob er niemals existiert hätte.[4] Es war also an den

1) So auch Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1923, Endemann a. a. O. § 6 Anm. 6 S. 25, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 1923; vgl. auch Strohal a. a. O. § 2 S. 12.

2) Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1930, Matthiaß a. a. O. § 145 S. 387.

3) l. 3 D. 5,4; vgl. Köppen a. a. O. § 4 S. 80, Brinz a. a. O. § 382 a. E., Krieg a. a. O. § 14 S. 29/30, Dernburg a. a. O. § 58 S. 105.

4) l. 129 D. 50,16; l. 10, § 1 D. 38,17; l. 30 § 4 D. 29,2; c. 2 C. 6,29; l. 231 D. 50,16.

nasciturus überhaupt keine Berufung ergangen, daher war die nach seiner Totgeburt erfolgende Berufung auch im gemeinen Recht erste und nicht successive Delation.

Es wurde jedoch nicht durchweg so angesehen, als ob der nasciturus von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre. Vielmehr bestimmten sich die nun eintretenden Erben nach dem Moment der Totgeburt; es fand also nicht, wie im BGB., eine Rückziehung ihrer Berufung auf den Erbfall statt.[1]

III. Zeitpunkt des Eintritts und der Wirksamkeit der successiven Berufung.

§ 11.

I. Wie in § 3 ausgeführt ist, ist nach BGB. der maßgebende Zeitpunkt der Berufung überhaupt der Tod des Erblassers. Nicht nur der nächste, sondern auch der successiv berufene Erbe bestimmt sich im BGB. nach dem Erbfall, es ist nicht der Zeitpunkt des Wegfalls des zuerst berufenen maßgebend.

Zwar ergeht thatsächlich die successive Berufung erst im Moment des Wegfalls des Erstberufenen, doch wird sie auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückbezogen. Das ergiebt sich aus den §§ 1953 Abs. 2 und 2344 Abs. 2 des BGB.

Die Motive S. 376 und 513 halten diese Regelung für eine Folge des Grundsatzes: „Der Tote erbt den

1) l. 8 § 1 D. 38,16; l. 7 pr. D. 34,5; c. 18 § 3 C. 6,30.

Lebendigen." Allein es wird hier etwas als notwendige Konsequenz betrachtet, was gar keine solche ist.

Es ist diese Bestimmung des Gesetzes vielmehr nur eine Folge davon, daß Ausschlagung und Erbunwürdigkeit ex tunc wirken, also der Anfall an den Erstberufenen als nicht erfolgt gilt. Diese erste Fiktion hatte eine zweite veranlaßt, nämlich die, daß die Berufung des Nachrückenden als im Momente des Erbfalls erfolgt gilt.

Damit ist aber nur die praktische Behandlung dieser Fälle klar gelegt. Theoretisch haben wir uns das Verhältnis folgendermaßen zu konstruieren.

Der Ausschlagende und der für erbunwürdig Erklärte sind mit dem Erbfall thatsächlich, wenn auch unter resolutiver condicio iuris, Erben geworden. Die Nachrückenden haben in diesem Augenblick ein suspensiv bedingtes Recht auf künftige Berufung erhalten. Tritt die Bedingung, die für beide inhaltlich gleich ist (Ausschlagung oder Feststellung der Erbunwürdigkeit), ein, so hört das Erbrecht des zunächst Berufenen auf, und es erfolgt Berufung und damit zugleich auch Anfall der Erbschaft an den Folgenden, d. h. also erstitt „zweite Universalsuccession"[1] ein. Der Nachlaß war also bis zum Wegfall des Erstberufenen garnicht herrenlos, folglich war durch das Prinzip der Unmittelbarkeit der Erbfolge das Recht der Nachrückenden keineswegs bedingt.

Daß dieses Recht der Nachrückenden nicht als Berufung aufgefaßt werden kann, ist oben Seite 12/13 nachgewiesen; es besteht vielmehr nur ein Recht auf Berufung. Die eventuell Nachrückenden erhalten im Augenblick des Erbfalls ein Recht darauf, daß sie beim

1) Vgl. Heymann a. a. O. S. 60.

Wegfall ihres Vormannes von der Rechtsordnung als diejenigen Personen betrachtet werden, welche durch Ausschlagung oder Annahme über das Schicksal der Erbschaft zu entscheiden haben, d. h. kurz: sie erhalten ein Recht auf Berufung.

Da nun thatsächlich in dem Moment, wo dieses Recht wirksam wird, also die Berufung erfolgt, auch die Erbschaft auf den Berufenen übergeht, ist es praktisch dasselbe, wenn Heymann dieses Recht als „ein Recht auf künftigen Erbanfall" kennzeichnet.

Die Gewährung dieses Rechtes hat zwei äußerst wichtige Folgen. Es ist nämlich: 1. derjenige, welcher zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist, auch von der successiven Berufung ausgeschlossen; er kann nicht mehr die festbestimmte Reihenfolge derer, an welche sich die successive Berufung wendet, störend unterbrechen. 2. Das Recht der Nachrückenden ist vom Augenblick seiner Entstehung, also vom Erbfall an, unter Lebenden und von Todes wegen übertragbar. Dadurch kann nun allerdings thatsächlich sich doch der successive Erbanfall an einen nondum conceptus vollziehen. Man setze z. B. den folgenden Fall: E. stirbt mit Hinterlassung eines Sohnes A., welcher zwei zur Zeit des Todes des E. kinderlose Söhne B. und C. hat. Mit dem Erbfall ist A. Erbe geworden, während B. und C. ein vererbliches Recht auf künftige Berufung oder Erbanfall erlangt haben. Nach dem Erbfall erzeugt B. einen Sohn D. Schlägt nun A. die Erbschaft aus, nachdem B. gestorben ist, so tritt das suspensiv bedingte Recht des B., welches dieser auf seinen Sohn D. vererbt hat, in Kraft, d. h. es erfolgt thatsächlich Erbanfall an D. Nach der Vorstellung des

Gesetzbuches erhält aber D. die Erbschaft nicht als Erbe des E., sondern sie gilt als Teil des Nachlasses des B., denn das Recht fingiert, daß B. schon zur Zeit des Erbfalls berufen sei und infolgedessen die Erbschaft schon in diesem Zeitpunkt erhalten habe.

Einer solchen Fiktion bedarf auch die von Frommhold[1] vertretene Ansicht. Frommhold geht davon aus, daß bereits mit dem Erbfall Berufung aller nur möglicherweise in Betracht kommenden Erben erfolge, und zwar sei das Recht der Näherberechtigten unbedingt, das der anderen suspensiv bedingt. Infolgedessen könne bei Wegfall eines Vorberufenen keine „zweite Universalsuccession" stattfinden, da „der erste Erbfall über die Erbfolge endgültig entschieden habe, es könne also nur noch von einer anderen Verteilung des ersten Nachlasses gesprochen werden." Dies widerspricht aber der thatsächlichen Lage und den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzbuches. Denn es kann nicht geleugnet werden, daß auch bei dieser Auffassung die Nachberufenen in Wirklichkeit den Nachlaß erst bei Wegfall des Vorberufenen erwerben. Nach § 1942 in Verbindung mit § 1922 BGB. findet erst in dem Augenblick, wo die Erbschaft auf den Erben übergeht, ein Anfall der Erbschaft statt, d. h. es tritt Universalsuccession ein. Dieselbe kann also nur im Wege der Fiktion auf den Erbfall zurückverlegt werden.

II. Hierin liegt eine grundsätzliche und tiefgreifende Abweichung vom gemeinen Recht. Nach diesem galt, abgesehen von der successiven Berufung der Miterben (sog. Akkrescenzrecht), beim Fortfall des Erstberufenen niemals der Nächstberufene nach rückwärts hin als von

1) a. a. O. Bemerkungen zu §§ 1924—1926 No. 3 S. 11/12.

vornherein berufen, sondern die successive Berufung erging immer nur an die Personen, welche den Wegfall des vor ihnen Berufenen erlebt hatten. Es war also der Zeitpunkt der Erledigung der ursprünglichen Berufung maßgebend.[1] Wer vorher starb, kam für die successive Berufung garnicht in Betracht, konnte also auch auf seine Erben kein Recht transmittieren.

IV. Das Fortschreiten der successiven Berufung

1. innerhalb der gesetzlichen Erbfolgeordnung.

§ 12.

Der im vorhergehenden Paragraphen angegebene Zeitpunkt ist für die Bestimmung der Person des Nachberufenen maßgebend. Wer im Einzelfall der Nachberufene ist, soll im folgenden im Rahmen der in § 3 erwähnten Berufungsgründe entwickelt werden, und zwar soll zunächst das Fortschreiten der Berufung innerhalb der gesetzlichen Erbklassen dargestellt werden.

Es ist zwar nicht Aufgabe der vorliegenden Abhandlung, die gesetzliche Erbfolgeordnung zu entwickeln. Da aber zur Darstellung der successiven Berufung notwendig auch eine Abgrenzung des betroffenen Personenkreises gehört, so ist ein kurzes Eingehen auf die Anordnung der gesetzlichen Erbklassen erforderlich.

1) l. 8 § 1 D. 38,16; l. 2 § 22 D. 38,17; l. 2 § 6 D. 38,16; § 7 J. 3,1; l. 9 i. f. D. 38,16; l. 81 D. 29,2; vgl. auch Strohal, Erbrecht § 2, Anm. 2 S. 11.

I. Das BGB. legt seiner gesetzlichen Erbfolgeordnung die Parentel oder Ordnung zu Grunde, d. h. die Gesamtheit der durch einen gemeinsamen Stammvater miteinander verbundenen Personen mit Einschluß des Stammvaters. Die Anzahl der Ordnungen ist eine unbegrenzte, denn § 1929 spricht allgemein von den „ferneren Ordnungen".

Die Ordnungen stehen untereinander in dem Verhältnis, daß sie sich gegenseitig ausschließen. Jede Ordnung bildet für sich ein festabgeschlossenes Ganze; daher wird die folgende Ordnung erst dann berufen, wenn kein Angehöriger der vorhergehenden vorhanden ist (§ 1930 BGB. successio ordinum).

Die Abkömmlinge des Erblassers bilden die erste Ordnung (§ 1924 Abs. 1), seine Eltern und deren Nachkommen die zweite (§ 1925 Abs. 1), seine Großeltern und deren Nachkommen die dritte (§ 1926 Abs. 1), seine Urgroßeltern und ihre Nachkommen die vierte Ordnung (§ 1928 Abs. 1) und so fort (§ 1929 Abs. 1). Neben Verwandten der ersten und zweiten Ordnung und neben Großeltern des Erblassers hat der überlebende Ehegatte ein gesetzliches Erbrecht; sind solche Verwandten nicht vorhanden, erbt er allein (§ 1931). Nach allen Verwandten und dem Ehegatten wird schließlich der Fiskus als Zwangserbe berufen (§§ 1936 und 1942 Abs. 2).

Innerhalb der einzelnen Ordnungen ist nur für die drei ersten eine gleiche Regelung getroffen. Es gilt das Prinzip der Stammerbfolge und in der zweiten und dritten Ordnung auch Linealteilung.

Der Stamm ist eine Unterabteilung der Parentel; er wird gebildet von den Abkömmlingen einer Person.

Die praktische Spitze der Erbfolge nach Stämmen ist die, daß nicht Gradesnähe, sondern Zugehörigkeit zu einem Stamm den Nachberufenen bestimmt. Innerhalb jedes Stammes schließt das Stammhaupt seine Abkömmlinge aus (§ 1924 Abs. 2). Lebt der Stammvater zur Zeit des Erbfalles nicht mehr, so treten seine durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge an seine Stelle (§ 1924 Abs. 3). Dieser Eintritt geschieht kraft eigenen Rechtes, denn das „An die Stelle treten" in § 1924 Abs. 3 hat nur formale, keine materielle Bedeutung.

Dieses Stammesprinzip gilt wie in der ersten, so auch in der zweiten (§ 1925 Abs. 3 S. 1) und dritten Ordnung (§ 1926 Abs. 3 und 5), doch kommt, wie erwähnt, in letzteren beiden daneben noch die Linealteilung in Betracht. Die Ascendenten spalten sich nämlich in Vater- und Mutterseite, die sich gegenseitig ausschließen, so daß erst sämtliche Angehörigen einer Linie weggefallen sein müssen, wenn die andere allein erben soll (§ 1925 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2, § 1926 Abs. 2 und 4).

Innerhalb der Linien gilt wieder das Stammesprinzip (§§ 1925 Abs. 3 S. 2, 1926 Abs. 3 und 5).

In der vierten und den folgenden Klassen schließen die noch lebenden Vorfahren die Abkömmlinge aller Vorfahren aus, und zwar erben sie zu gleichen Teilen (§§ 1928 Abs. 1 und 2, 1929). Sind keine Voreltern mehr vorhanden, so erben die Abkömmlinge nach Gradesnähe (§§ 1928 Abs. 3, 1929).

Hiernach ist für die Erbfolge der entfernteren Verwandten stets nur dann Raum, wenn der nähere zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt.

Da nun das BGB. in den Fällen der successiven Berufung es so ansieht, als wenn der erfolglos Berufene zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§§ 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2), so können die oben entwickelten Sätze für das Fortschreiten der successiven Berufung innerhalb der gesetzlichen Erbfolgeordnung ohne weiteres angewandt werden.

Es gilt also nach BGB. auch die sog. successio gradnum.[1]

II. Das Prinzip der successio ordinum et graduum galt auch im gemeinen Recht

Das gemeinrechtliche Intestaterbrecht beruhte auf der Justinianäischen Novellengesetzgebung. Es baute sich, abweichend vom älteren römischen Recht, auf dem Kognationsprinzip auf. Die Nov. 118 teilte die Verwandten in vier Klassen, hinter denen erst der überlebende Ehegatte berufen wurde. In der ersten Klasse standen die Descendenten des Erblassers, in der zweiten Klasse die Ascendenten, vollbürtige Geschwister und Kinder (nicht fernere Abkömmlinge) verstorbener vollbürtiger Geschwister, in der dritten Klasse halbbürtige Geschwister und Kinder (nicht fernere Abkömmlinge) verstorbener halbbürtiger Geschwister, in der vierten Klasse der dem Grade nach nächste Verwandte ohne Beschränkung auf eine bestimmte Gradzahl.

Diese vier Klassen standen ebenso wie die Ordnungen des BGB. in dem Verhältnis zu einander, daß, so lange noch ein Verwandter einer vorhergehenden Klasse vorhanden war, die Verwandten der folgenden Klasse nicht berufen

1) Daß unter successio gradnum nicht Fortschreiten nach Gradesnähe verstanden wird, darüber vgl. S. 41.

werden konnten. War aber festgestellt, daß keiner in der zunächst berufenen Klasse Erbe wurde, so wandte sich die Berufung an die folgende Klasse. Das ist die sog. successio ordinum. Sie war bereits vom Prätor durch das edictum successorium eingeführt, dann schon vor Nov. 118 auf die civilen Erbklassen übertragen worden und muß auch im Recht der Nov. 118, die selbst hierüber keine Bestimmungen enthält, entsprechend zur Anwendung kommen. Dies wird auch allgemein anerkannt.[1]

Aber auch innerhalb der einzelnen ordines schreitet die successive Berufung fort, gleichgültig, ob in der betreffenden Klasse Gradesnähe entscheidet oder nicht (sog. successio graduum.)

Es ist also dem Ausdruck successio graduum, welcher von der Doktrin gebildet ist und sich aus den Quellen nicht nachweisen läßt, keine entscheidende Bedeutung beizulegen. Die successio graduum bildet vielmehr nur eine Äußerungsform des ihr zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzipes, daß dem in der Erbfolgeordnung eine Stufe Tieferstehenden deferiert wird, wenn der Erstdelat nicht erwirbt. Dies ist von Kohler das Prinzip der „Nachberufung" genannt worden, ein Ausdruck, der in der folgenden Darstellung benutzt werden soll. Denn wenn auch die meisten Schriftsteller unter successio graduum ebenfalls nichts anderes als das Prinzip der Nachberufung verstehen, also den Teil für das Ganze setzen, so hat doch grade dieser Ausdruck zu Streitfragen Anlaß gegeben.[2]

1) Vgl. Dernburg a. a. O. § 133 S. 274/75, Windscheid a. a. O. § 573 S. 111, Vangerow a. a. O. § 420 S. 62, Brinz a. a. O. § 384 S. 140, Büchel a. a. O. S. 113 ff.

2) Vgl. darüber unten S. 43.

Da in der Novellengesetzgebung Justinians eine durchgreifende Entscheidung der Frage, ob das Prinzip der Nachberufung anerkannt sei, nicht enthalten ist, wird das alte Recht entsprechende Anwendung finden müssen.

Der Erbfolgeordnung der Novellen 118 und 127 liegt das Recht der Blutsverwandtschaft zu Grunde, und zwar geschieht die Einteilung der Verwandten im Prinzip nach Gradesnähe, freilich ist zu Gunsten gewisser dem Erblasser besonders nahe stehender Verwandten (Descendenten, Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder) eine Ausnahme gemacht.[1] Ebenso beruhte die Berufung in der früheren Klasse unde cognati auf dem Prinzip der Blutsverwandschaft, nur daß hier durchweg nach Verwandtschaftsgraden geerbt wurde.[2]

Danach stellt sich das Erbfolgesystem der Novellen 118 und 127 als eine Verallgemeinerung der Klasse unde cognati dar, freilich mit einigen Modifikationen, welche die nahe Zusammengehörigkeit gewisser Personen erfordert.

In der Klasse unde cognati konnte eine recht eigentliche successio graduum, eine successive Berufung nach Gradesnähe Platz greifen. Soweit nach Novelle 118 der Grad entscheidet, ist das auch hier möglich, im übrigen muß aber der weitere Begriff, die Nachberufung, einsetzen.

Unter der Herrschaft der Gradualfolge ist der in zweiter Linie Berufene auch der dem Grade nach Folgende.

Im Novellenrecht mußte das Prinzip zu anderen praktischen Ergebnissen führen.

1) Vgl. Dernburg a. a. O. § 132 S. 271.
2) Vgl. Kohler a. a. O. S. 107 und Leonhard a. a. O. S. 21.

Justinian berief nämlich die Descendenten nicht nach Gradesnähe, sondern es griff hier die sog. successio in stirpes, das Prinzip der „Stammeinheit“ [1] ein. Jeder bildet mit seinen Abkömmlingen eine Einheit, die sich wieder organisch gliedert. Ist ihr einmal ein Vermögen zugefallen, so ist es an den Stamm gebunden und fließt in diesem seiner Gliederung entsprechend fort, bis es den Erben gefunden hat. Dabei wird Gradesnähe nicht in Betracht gezogen. [2]

Nach diesem Prinzip muß nun auch die Nachberufung fortschreiten und also, wenn der vorhergehende Delat nicht Erbe wird, den in zweiter Reihe stehenden berufen, gleichgültig, ob er im Grade folgt oder nicht.

Nach diesen Ausführungen erledigen sich auch leicht zwei auf diesem Gebiet bestehende Streitfragen.

Puchta [3] behauptet, daß successio graduum nur dann eintreten könne, wenn in der betreffenden Klasse die Nähe des Grades entscheidend sei. In der ersten Klasse habe aber garnicht der „Grad“ den entfernteren Descendenten von der Succession ausgeschlossen, darum könne dieser nur durch Transmissionsrecht Erbe werden. Das wäre richtig, wenn man unter successio graduum eine successive Berufung nach Gradesnähe verstände. Daß dies aber nicht der Fall ist, ist oben Seite 41, ausgeführt.

Puchta stützt seine Ansicht ferner darauf, daß für die liberi (nach prätorischem Recht) keine successio graduum galt, und daß an ihre Stelle die Descendenten

1) Vgl. Kohler a. a. O. S. 87 und 88.
2) Vgl. hierzu Wendt a. a. O. § 355 S. 808.
3) a. a. O. § 458 N. e. S. 360.

getreten seien. Allein zugegeben, es habe in der Klasse unde liberi keine successio graduum stattgefunden, so waren doch schon früher die liberi subsidiär in der Klasse unde cognati, für welche die successio graduum anerkannt ist, berufen; jetzt werden die Descendenten, wie wir gesehen haben, sofort als Kognaten berufen, und zwar hat Justinian die kognatischen Descendenten allen übrigen Verwandten vorangestellt.

Als Beweis mag noch die Nov. 118 selbst dienen, wo es im cap. 1 heißt: „Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus . . . . . omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur:" und in cap. 2: „Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus . . . . . ".

Die entgegengesetzte Ansicht könnte z. B. zu dem Resultat führen, daß ein Enkel durch einen entfernten Vetter ausgeschlossen wird. Das widerspricht aber völlig dem Geist der Nov. 118, denn Justinian suchte grade, den Descendenten den Vorzug vor den übrigen Verwandten zu geben.

Puchta und ebenso Büchel[1] bestreiten ferner die Succession der Geschwisterkinder in der zweiten und dritten Klasse. Nach Büchels Ansicht gehören die Geschwisterkinder an sich erst in die vierte Klasse, nur vi privilegii würden sie schon in der zweiten, bezw. dritten berufen, wenn ihr parens vor der Delation

1) Puchta a. a. O. § 458 Anm. e. S. 660, Büchel a. a. O. S. 171 ff.

an die betreffende Klasse bereits gestorben (praedefunctus) sei. Jedoch die von Büchel herangezogenen Bestimmungen des cap. 3 der Nov. 118 bedeuten nur, daß die Geschwisterkinder dann nicht succedieren können, wenn ihnen ihr parens im Wege steht. Justinian hat nur an den Hauptfall gedacht, daß der parens vorverstorben ist, und daher nur diesen Fall ausdrücklich hervorgehoben. Daraus aber ein argumentum e contrario herzuleiten, ist gewiß unzulässig.

Auch entspricht es keineswegs den Bestimmungen der Nov. 118, wenn Büchel den entfernteren Descendenten und Geschwisterkindern nur eine bedingte Zugehörigkeit zur ersten, bezw. zweiten und dritten Klasse einräumt. Jeder steht in seiner Erbklasse und kann nur in dieser zur Erbschaft gelangen.

Ferner spricht für die hier vertretene Ansicht auch die Novelle selbst in cap. 3 § 1: „Si vero neque fratres, neque filios fratruum . . . . . defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus.[1]

Damit sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß die gesetzliche Erbfolgeordnung des BGB. und des gemeinen Rechtes von dem gleichen Prinzip der Nachberufung beherrscht wird. Nur gestaltet sich die Reihenfolge der successiv berufenen Personen dadurch in beiden Rechten verschieden, daß die Erbklassen des BGB. mit denen des gemeinen Rechtes nicht übereinstimmen.

1) Gegen Puchta und Büchel vgl. auch Dernburg a. a. O. § 132 Anm. 6 S. 273, Vangerow a. a. O. § 416 Anm. 1 S. 55/56; siehe ferner Windscheid a. a. O. § 573 Anm. 4 S. 112, Schirmer S. 261, Merkel a. a. O. § 13 S. 114, Köppen a. a. O. § 64, Not. 2 S. 410, Arndts a. a. O. § 478 S. 894/95.

III. Während das BGB. nur eine Berufung *ohne* den Willen des Erblassers (durch Gesetz) oder *durch* diesen Willen (durch letztwillige Verfügung) kennt, gab es im gemeinen Recht auch noch eine Berufung *gegen* den Willen des Erblassers, nämlich die Berufung der Noterben.

Sie hatten nicht, wie nach BGB., nur ein Forderungsrecht, sondern „die Hauptwirkung" des Noterbenrechts war „die Berufung des Noterben zur Erbschaft".[1] Voraussetzung dieser Berufung war, daß ein Testament vorlag, in welchem der Noterbe in unbegründeter Weise übergangen war. Daraus folgt, daß, wenn der Noterbe nicht Erbe wurde, eine Nachberufung nur dann ergehen konnte, wenn auch das Erbrecht des Nachmannes des Noterben durch das Testament verletzt war.

Im übrigen fanden die für die gesetzliche Nachberufung geltenden Regeln Anwendung.[2]

Das Fortschreiten der successiven Berufung

2. innerhalb der letztwilligen Erbfolgeordnung.

§ 13.

Ebenso wie das Gesetz kann auch der Erblasser selber eine bestimmte Reihenfolge der Erben im Wege letztwilliger Verfügung (Testament oder Erbvertrag) festsetzen.

1) Vgl. Windscheid a. a. O. § 575 Anm. 1 S. 119.
2) Vgl. Wendt a. a. O. § 358 No. 2 S. 821.

Hierzu dient ihm die Ersatzberufung, die gemeinrechtliche Vulgarsubstitution.

I. Eine Ersatzberufung kann nach BGB. für den Fall angeordnet werden, daß der eingesetzte Erbe vor oder nach dem Erbfall wegfällt (§ 2096).

Fällt er vor dem Erbfall durch Tod fort, oder deshalb, weil seine Einsetzung nichtig[1] ist, so kann selbstverständlich von successiver Berufung keine Rede sein, sondern es ergeht an den Ersatzerben erste Berufung.

Fällt er nach dem Erbfall fort, so ist er mit dem Erbfall Erbe geworden, und wenn er jetzt stirbt, geht die Erbschaft auf seine Erben über.

Es kommen daher für die successive Berufung im Bereich der Ersatzerbfolge nur die Fälle in Betracht, daß der Vorberufene ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird. Trifft dies zu, so erfolgt jetzt die Berufung des Ersatzerben, jedoch mit rückwirkender Kraft (BGB. §§ 1953 Abs. 2 und 2344 Abs. 2). Die Erbschaft geht also auch dann auf die Erben des Ersatzerben über, wenn dieser nur den Erbfall erlebt hat.

Planck[2] will den § 2074 BGB. stets auf die Ersatzberufung anwenden, d. h. also, die Ersatzberufung als Berufung unter einer aufschiebenden Bedingung behandeln. Diese Regelung würde es erfordern, daß der Ersatzerbe stets den Wegfall des Ersteingesetzten erleben muß. Das ist aber mit den §§ 1953 Abs. 2 und 2344 Abs. 2 BGB., welche, wie oben gezeigt, hier notwendig zur Anwendung kommen müssen, unvereinbar. Eine

1) Der Nichtigkeit steht erfolgreich durchgeführte Anfechtung gleich, BGB. § 142, vgl. auch die Ausführungen auf S. 25.

2) a. a. O. Anm. 1 zu § 2074.

derartige Auslegung der Ersatzberufung, wie sie Planck als das Regelmäßige darstellt, kann nur bei ausdrücklicher Bestimmung des Erblassers Platz greifen.[1]

II. Im Anschluß hieran ist noch die Frage zu erörtern, ob auch die Berufung des Nacherben nach dem BGB. als successive Berufung aufzufassen sei.

Das kann auf den ersten Blick fraglich erscheinen, denn auf Grund der Berufung des Nacherben erfolgt ebenso, wie infolge der successiven Berufung eine zweite Universalsuccession in denselben Nachlaß, da der Nacherbe nicht Erbe des Vorerben ist, sondern seine Rechte unmittelbar vom Erblasser ableitet.[2]

Allein die Berufung des Vorerben ist nicht erfolglos geblieben, der Vorerbe ist vollgültiger Erbe geworden, wenn auch zeitlich beschränkt (BGB. § 2100). Die Berufung des Nacherben tritt also nicht an die Stelle, sondern folgt nur zeitlich der Berufung des Vorerben; sie ist demnach keine „successive Berufung", denn der Begriff der successiven Berufung erfordert, daß die zweite Berufung auch inhaltlich den frei gewordenen Platz der vorhergehenden ausfüllt.

Allerdings ergeht dann, wenn der Vorerbe nach[3] dem Erbfall dadurch wegfällt, daß er die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird, an den als Nacherben Eingesetzten successive Berufung, da der Anfall

1) Gegen Planck vgl. auch Strohal a. a. O. § 26 Anm. 15 S. 93. In Anm. 2 zu § 2096 hat neuerdings auch Planck seine Ansicht modifiziert.

2) Vgl. auch Endemann a. a O. § 39 No. 1 und 2 S. 168/69 und Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 2100.

3) Stirbt der Vorerbe vor dem Erbfall, so ergeht mit dem Erbfall an den Nacherben erste Berufung.

an den Vorerben als nicht erfolgt gilt (BGB. §§ 1953 und 2344).

Jedoch der Nachberufene tritt in diesen Fällen nicht als Nacherbe, sondern als Ersatzerbe an die Stelle des Vorberufenen, da der Begriff der Nacherbfolge es bedingt, daß der Vorerbe wirklicher Erbe geworden ist (BGB. §§ 2102 und 2100).[1] Daß aber im Fall der Ersatzerbfolge successive Berufung eintreten kann, ist oben ausgeführt.

III. Der Ersatzberufung des BGB. entspricht die gemeinrechtliche Vulgarsubstitution. Eine solche erfolgte unter der Bedingung „si heres non erit".[2] Sie stellte sich dar als Berufung unter einer aufschiebenden Bedingung. Die notwendige Folge war, daß der Substitut den Wegfall des Instituten erlebt haben mußte, denn erst mit dem Eintritt der Bedingung erging an ihn die Berufung.[3]

Wie die Fassung der Bedingung (si heres non erit) ergiebt, erfolgte auch im gemeinen Recht nicht immer successive Berufung, sondern es konnte auch ebenso leicht zu erster Berufung kommen. Es war auch hier zum Eintritt successiver Delation stets erforderlich, daß dem Instituten die Erbschaft bereits wirksam deferiert war, oder daß er sogar bereits Erbe geworden war, seine Erbenstellung aber durch Abstinenz wieder verloren hatte.[4]

---

1) Vgl. auch Salinger a. a. O. Anm. 19a S. 145 und Frommhold a. a. O. Anm. 2 zu § 2100 S. 133.

2) pr. J. 2,15; l. 36 pr. D. 28,6.

3) l. 81 D. 29.2; l. 9 D. 38,16.

4) Bei Indignität des Instituten wurde der Substitut nicht berufen, vgl. l. 15 pr. D. 29,5.

Hier kommt noch als Besonderheit die in integrum restitutio hinzu. Bei in integrum restitutio eines Intestaterben gegen den Erbschaftserwerb trat keine successive Delation ein, sondern der Nachlaß fiel an den Fiskus.[1] Bei der in integrum restitutio des Instituten wurde der Substitut berufen.[2]

Andererseits ging, trotzdem der Institut nicht Erbe geworden war, der Transmissar dem Substituten vor,[3] vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht das Gegenteil bestimmt hatte.[4] Dies wird man schon deshalb annehmen müssen, weil es doch der Zweck der Transmission war, den Erben des Delaten die Erbschaft zu erhalten; dieser Zweck wird aber durch die Substitution vereitelt.

IV. 1. Während im Rahmen der Intestaterbfolge die Berufung nur von einer Person zur andern fortschreiten kann, konnte nach römischem Recht dieselbe Person, welche als Institut die Erbschaft erwerben konnte, durch Substitution zu derselben Erbschaft berufen werden.[5]

Dies war dann möglich, wenn der Betreffende sich nicht unmittelbar (uno gradu)[6] substituiert war. Hier konnte also unter Umständen die successive Berufung dieselbe Person treffen, welche schon vorher erfolglos berufen

1) Vgl. oben S. 26.

2) Vgl. l. 44 D. 42,1; so auch Dernburg a. a. O. § 88 S. 173 und Windscheid a. a. O. § 557 S. 71, anders aber Brinz a. a. O. § 373 S. 87.

3) § 13 C. 6,51.

4) Vgl. Dernburg a. a. O. § 88 a. E. S. 174, Brinz a. a. O. § 373 Anm. 20 S. 87; dafür auch bei Ungewißheit des Willens des Erblassers Windscheid a. a. O. § 557 S. 71, vgl. aber auch Anm. 7 daselbst.

5) § 1 J. 2,15; l. 36 § 1 D. 28,6.

6) l. 10 § 7 D. h. t.

war. Man konnte sich auch noch in der Art selbst substituiert werden, daß die Institution bedingt, die Substitution unbedingt war.[1] Wenn aber hier die Bedingung versagte, so war, da die Berufung erst mit Eintritt der Bedingung erfolgte, überhaupt ex institutione nicht deferiert, also konnte von successiver Delation nicht die Rede sein.

2. Für das BGB. wird man nach dem Wortlaut des § 2096 nicht annehmen dürfen, daß es zulässig ist, dieselbe Person als Erben und als Ersatzerben einzusetzen, denn es heißt im § 2096, daß der Erblasser einen „anderen" als Ersatzerben einsetzen kann.

Das Fortschreiten der successiven Berufung

3. von der letztwilligen zur gesetzlichen Erbfolgeordnung.

§ 14.

Schließlich kann im Fortschritt von der letztwilligen zur gesetzlichen Erbfolge eine successive Berufung Platz greifen.

Wenn nämlich der eingesetzte Erbe infolge eines successive Berufung herbeiführenden Grundes nicht Erbe wird und auch der Erblasser nicht durch Einsetzung eines Ersatzerben den Nächstberufenen bestimmt hat, werden die gesetzlichen Erben berufen, und zwar nach BGB. diejenigen, welche zur Zeit des Erbfalls, nach gemeinem Recht die, welche im Moment des Wegfalls des eingesetzten Erben die nächsten gesetzlichen Erben waren. Erwerben auch sie

1) l. 48 § 1 D. 28,6; vgl. auch Brinz a. a. O. § 373 S. 85.

die Erbschaft nicht, so schreitet die Berufung nach den im § 12 entwickelten Grundsätzen weiter.

Hier ist jedoch zu beachten, daß nach gemeinem Recht infolge des Satzes: nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest[1] die Intestaterben erst dann berufen wurden, wenn sämtliche eingesetzten Erben weggefallen waren, während nach BGB. (§ 2088) die gesetzliche Berufung neben der testamentarischen erfolgen kann.

Auch hier kann die successive Delation sich an dieselbe Person wenden, welche vorher berufen war; z. B. eine Person, die durch Testament zur Erbschaft berufen ist, kann, wenn sie zugleich auch nächster gesetzlicher Erbe ist, die testamentarische Erbschaft ausschlagen und so successiv durch Gesetz berufen werden.[2]

Das Fortschreiten der successiven Berufung

4. bei Wegfall nur eines von mehreren Mitberufenen.

§ 15.

Die successive Berufung greift schließlich nicht nur dann ein, wenn von den Erstberufenen keiner Erbe wird, was bisher Voraussetzung war, sondern auch dann, wenn von mehreren Mitberufenen nur einer erfolglos berufen ist, für den Anteil dieses einen.

Dies war im gemeinen Recht sehr bestritten, ist aber im BGB. zur Anerkennung gelangt, entsprechend der in

1) § 5 J. 2,14.
2) BGB. § 1948 Abs. 1; pr. J. 3,1, vgl. auch l. 29 D. 29.4.

neuerer Zeit herschenden Ansicht des gemeinen Rechts. Wilke[1] nennt dies „eine gesunde Fortentwickelung des Rechts," obgleich er die entgegengesetzte Meinung für die „logisch richtigere" hält. Letztere behauptet nämlich, daß, wenn von den zusammen berufenen Personen eine oder einige ihre Erbportion nicht erwerben, diese stets den Miterben „anwachse."

I. Das BGB. kennt den Ausdruck „Anwachsung" nur bei testamentarischer Erbfolge, während es bei der gesetzlichen Erbfolge von „Erhöhung" spricht.

1. Diese Erhöhung des gesetzlichen Erbteils der Miterben bildet aber nicht die Regel, sondern greift nur dann ein, wenn die Miterben die nach der Erbfolgeordnung nächstberufenen Personen sind.

Wenn nämlich ein Miterbe nach dem Erbfall infolge Ausschlagung oder Feststellung der Erbunwürdigkeit wegfällt, so werden diejenigen berufen, welche von vornherein berufen worden wären, wenn der Ausschlagende, bezw. Erbunwürdige schon vor dem Erbfall gestorben wäre (BGB. §§ 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2). Wer diese zweitberufenen Personen sind, ergiebt sich aus der gesetzlichen Erbfolgeordnung. Es können danach also auch die Mitberufenen in Betracht kommen, z. B. der Erblasser hinterläßt drei Söhne A., B. und C., von denen A., welcher keine Abkömmlinge hat, ausschlägt. Hier tritt eine Erhöhung der Anteile des B. und C. im Sinne des § 1935 BGB. ein.

Diese Erhöhung erfolgt aber auf Grund neuer Berufung. Es findet also beim Wegfall eines Mitberufenen stets „zweite Universalsuccession" statt, mögen

1) Gutachten S. 988.

nun an die Stelle des Weggefallenen seine Abkömmlinge oder die Mitdelaten treten.[1]

2. Ein Specialfall des Miterbenverhältnisses ist es, wenn ein Ehegatte sich unter den Miterben befindet.

Der Ehegatte ist nämlich nach BGB. § 1931 neben andern gesetzlichen Erben berufen. Fällt nun der Ehegatte infolge Ausschlagung oder Feststellung der Erbunwürdigkeit fort, so greift die successive Delation in der gewöhnlichen Weise ein; es erfolgt also Erhöhung der Erbteile der Mitberufenen.

Fällt dagegen aus einem der angeführten Gründe ein Miterbe fort, so tritt nicht immer Erhöhung auch des Erbteils des Ehegatten ein; denn die Erbquote des Ehegatten ist vom Gesetz fest bestimmt. Sie beträgt neben Verwandten der ersten Ordnung den vierten Teil, neben Verwandten der zweiten Ordnung und neben Großeltern die Hälfte der Erbschaft (BGB § 1931 Abs. 1).

Es kann daher nur dann eine Erhöhung dieser Quote eintreten, wenn der erfolglos berufene Miterbe der einzige Erbe der ersten oder zweiten Ordnung, oder der einzige noch lebende Großvater, bezw. die einzige noch lebende Großmutter des Erblassers war. In diesen Fällen kann der Ehegatte entweder zu einem höheren Bruchteil der Erbschaft oder sogar zu der ganzen Erbschaft berufen werden.

1) Ebenso Heymann a. a. O. S. 59. Der Einwand Frommholds a. a. O. Bem. zu den §§ 1924—1926 No. 3 ist bereits auf S. 36 zu widerlegen versucht.

Auch Knitschky a. a. O. S. 281/82 ist der Ansicht, daß nach BGB. „ganz allgemein beim Fortfall eines Erben," also auch eines Miterben, „eine neue Berufung" erfolgt. Er leitet dies aus der Bestimmung des § 1922 Abs. 2 her, daß der Erbteil wie eine Erbschaft behandelt wird.

3. Eine entsprechende Regelung wie bei der Intestaterbfolge findet auch bei Wegfall eines durch letztwillige Verfügung bestimmten Miterben statt.

Hier greift das sog. Anwachsungsrecht ein. Es hat jedoch nur dann Raum, wenn nicht neben den eingesetzten auch die gesetzlichen Erben zur Erbfolge gelangen, es sei denn, daß die eingesetzten Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbteil (BGB. § 2093) eingesetzt sind (BGB § 2094 Abs. 1 und 2).

Das Anwachsungsrecht wird durch Ersatzberufung ausgeschlossen (BGB § 2099). Der Erblasser kann die Anwachsung aber auch ohne Berufung eines Ersatzerben ausschließen (BGB. § 2094 Abs. 3), denn die Anwachsung tritt nur kraft des mutmaßlichen Willens des Erblassers ein.

Sie kann erfolgen, gleichgültig, ob der Miterbe vor oder nach dem Erbfall fortfällt. Für uns kommt natürlich nur die letztere Voraussetzung in Betracht.

Ist eine Anwachsung zulässig, so vollzieht sie sich kraft Gesetzes.[1] Es erfolgt auch hier eine neue Berufung, die durch die Anordnung des Erblassers auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Die Miterben haben hier nach der Absicht des Erblassers mit dem Erbfall ein vererbliches Anwartschaftsrecht auf künftige Berufung erhalten. Fällt ein Miterbe fort, so erfolgt jetzt Berufung und zugleich damit auch Anfall seines Erbteils an die übrigen „nach dem Verhältnis ihrer Erbteile“ [1] (BGB. 2094 Abs. 1). Kraft der Vorschriften in den §§ 1953 Abs. 2 und 2344 Abs. 2 gilt der Anfall als schon mit dem Erbfall eingetreten.

1) Vgl. Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 2094.

Man kann nicht einwenden wollen, daß es in § 2094 Abs. 1 heißt: der Erbteil des Wegfallenden „wächst den übrigen Erben an“ und nicht er „fällt ihnen an“. Man darf auf den Ausdruck „anwachsen“, welcher kein technischer Begriff im Gesetzbuch ist, keinen großen Wert legen. Denn in § 1951 Abs. 2, dessen Bestimmung auch den Fall treffen soll, daß ein Miterbe, der den ursprünglichen Erbteil angenommen hat, den anwachsenden Teil nicht ausschlagen kann,[1] wird der Ausdruck „anfällt“ gebraucht.

Das BGB. hat auch durch das Wort „anwachsen“ nicht zum Ausdruck bringen wollen, daß die Verbindung zwischen dem ursprünglich angefallenen und dem hinzu kommenden Erbteil eine so innige sei, daß dem, der den einen Erbteil hat, auch notwendig der andere zufällt. In § 2373 BGB. ist nämlich bestimmt, daß „ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufes . . . . . infolge des Wegfalls eines Miterben *anfällt*, ... im Zweifel *nicht* als mitverkauft anzusehen ist“.

Der Ausdruck „anwachsen“ wird dem Gedanken entsprungen sein, daß es bei testamentarischer Mitberufung der mutmaßliche Wille des Erblassers war, grade dem bestimmten Kreise der Miterben die Erbschaft zuzuwenden, mag sich ihre Zahl auch verändern, während es bei der gesetzlichen Erbfolge als Spiel des Zufalls angesehen wird, wenn sich durch Wegfall eines Miterben der Erbteil der anderen „erhöht“.[2]

1) Vgl. auch Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 2094.

2) Auch Knitschky a. a. O. S. 281/82 stellt den Satz auf, daß nach BGB. „beim Wegfall eines Miterben nicht mehr Anwachsung eintritt,“ sondern neue Berufung stattfindet. Vgl. auch die Anm auf S. 54.

II. Im gemeinen Recht gehört die Frage, ob bei erfolgloser Delation an einen Miterben „Anwachsung oder successive Berufung eintrete", zu den bestrittensten, sodaß Windscheid[1] sogar sagt, sie sei „mit Sicherheit kaum zu entscheiden".

1. In der obigen Fassung ist die Frage aber von vornherein falsch gestellt; denn Anwachsung und successive Berufung sind keine Gegensätze, auch die Anwachsung erfolgt auf Grund neuer Berufung.

Geht man von der Voraussetzung aus, daß die Delation sich stets auf die ganze Erbschaft beziehe, und daß nur, wenn und soweit Miterben eintreten, durch diese eine Beschränkung aller Gleichberechtigten auf eine Quote des Nachlasses erfolge, so muß man allerdings zu einem anderen Resultat kommen.

Der angeführte Satz ist aber keineswegs bewiesen und dürfte auch nicht das Richtige treffen. Denn wenn bei Miterben die Bildung einzelner Erbquoten ihren Grund nur in dem thatsächlichen Vorhandensein der einzelnen Personen hat, so ist nicht einzusehen, wie Miterben anders als zu gleichen Teilen berufen werden können, was aber in Wirklichkeit oft der Fall ist.[2]

Wie bei der testamentarischen Erbfolge die Höhe der Anteile durch den Erblasser bestimmt wird, so erfolgt diese Bestimmung bei der Intestaterbfolge durch das Gesetz. Dabei ist dem Erben aber stets nur so viel deferiert, als er sofort erwerben kann, denn delata

1) a. a. O. § 573 Anm. 5.

2) Vgl. Fitting a. a. O. S. 152 und 160. Gegen Berufung eines jeden Miterben auf die ganze Erbschaft haben sich auch ausgesprochen: Franke a. a. O. S. 170, Köppen a. a. O. S. 413 Anm. 4, Hofmann a. a. O. S. 65 ff.

hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.[1]

Der Anteil des wegfallenden Miterben kann von den übrigen erst im Augenblick des Ausscheidens dieses einen erworben werden, folglich kann auch jetzt erst von einer unmittelbar wirksamen Berufung, einer Delation, die Rede sein.

Zu diesem Ergebnis kommt auch Krieg.[2] Er geht aber zu weit, wenn er behauptet, daß diese thatsächlich jetzt eingetretene Berufung auch vom Recht als erst jetzt erfolgt angesehen werde, daß also das Prinzip der Rückziehung bei dem sog. Akkrescensrechte keine Anwendung finden könne.

Krieg beruft sich auf einige Sätze der Digesten, so

1. l. 2 D. si pars her. pet. 5,4.
2. l. 28 § 5 D. de ind. 5,1.
3. l. 36 D. de solut. 46,3.
4. l. 25 D. de solut. 46,3.
5. l. 44 § 2 D. de bon. libert 38,2.

Jedoch alle diese Stellen sind für Krieg's Ansicht wenig beweiskräftig, da sie sämtlich nur Ausnahmefälle behandeln.

Die ersten drei Stellen sprechen sich dahin aus, daß ein Miterbe, welcher einen größeren Erbteil, als ihm zusteht, eingeklagt hat und infolge dessen wegen plus petitio abgewiesen ist, sein Klagerecht auch für den Fall verloren hat, daß ihm der zuviel eingeklagte Teil später durch Wegfall eines anderen Miterben anwächst.

---

1) l. 151 D. 50,16.
2) a. a. O. S. 14.

Die l. 25 D. de solut. 46,3 behandelt folgenden Fall. Ein Miterbe hat eine Erbschaftsschuld ganz gezahlt. Wegen des zuviel Gezahlten steht ihm die condictio indebiti zu. Fällt ihm nun durch Wegfall des oder der übrigen Miterben die ganze Erbschaft zu, so verliert er seine condictio in debiti nicht schon ipso iure, sondern dieselbe soll nur durch die exceptio doli entkräftet werden können.

Durch diese Entscheidungen ist nun nicht, wie Krieg annimmt, das Prinzip der Rückziehung beim Akkrescenzrecht völlig verworfen, sondern nur der Satz aufgestellt, daß sowohl die Klagenkonsumption (Fall 1 bis 3), als auch die Nativität der Klage (Fall 4) durch die Rückziehung nicht beeinflußt werden, ein Satz, der eben in der Natur der Klage begründet ist.

Die unter Nr. 5 zitierte Stelle, welche vom Pflichtteilsrecht des Patrons handelt, steht allerdings im Widerspruch mit dem Prinzip der Rückziehung. Allein es ist sicherlich nicht angängig, aus dieser einen Entscheidung, welche nur einen Ausnahmefall behandelt, eine allgemeine Regel ableiten zu wollen. Eine derartige singuläre Entscheidung läßt eine Ausdehnung oder analoge Anwendung nicht zu.[1]

Durch die angeführten Quellenstellen läßt sich also die Auffassung Kriegs nicht stützen; sie gerät auch in Schwierigkeiten gegenüber dem Grundsatze, daß ein Miterbe, dessen Erbteil noch eine andere Erbquote anwächst, den Akkrescenzfall nicht erlebt zu haben braucht.[2]

1) Vgl. die ausführlichen und überzeugenden Erörterungen von Strohal, Transmission p. c. S. 105—111.

2) So l. 20 § 1 D. de cond. 35,1; l. 9 D. de suis 38,16; l. un. § 10 C. 6,15.

Es müssen daher für die successive Delation an den Akkrescenzberechtigten dieselben Sätze angewandt werden, welche bei der successiven Berufung nach BGB. überhaupt gelten.

Nämlich bei der Berufung von Miterben wird jedem außer der ihm sofort deferierten Portion ein vererbliches Anwartschaftsrecht auf Berufung zu dem Teil der übrigen Miterben gegeben. Die Wirksamkeit dieses Rechtes hängt von der condicio iuris des Wegfalls der übrigen Mitdelaten ab. Tritt es in Kraft, so sieht kraft des Prinzipes der Rückziehung das Recht es so an, als ob diese Delation sich zugleich mit dem festbestimmten Teil bereits von Anfang an an den Miterben gewandt habe.

Der Erbe, welcher den Teil der Erbschaft aus der ursprünglichen Delation angenommen hat, muß auch aus dieser Delation annehmen, denn mit der neuen Delation erfolgt ipso iure auch der Erwerb.[1]

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Strohal.[2] Er stellt den Satz auf, daß jeder Miterbe in erster Linie allerdings nur zu einem festbestimmten Teil berufen sei, „jedoch mit dem Zusatze, daß ihm für den Fall des Vakantwerdens einer oder mehrerer zunächst für andere Personen reserviert gewesener partes eine größere Portion, ja möglicherweise sogar die tota hereditas als deferiert gelten soll." Dabei leugnet Strohal aber, daß eine neue Delation stattfinde. Jedoch das widerspricht, wie oben hervorgehoben, der that-

1) l. 2 § 8 D. de bon. poss. secund. tab. 37,11; vgl. auch Krieg a. a. O. S. 14.

2) Transmission p. c. S. 102/03

sächlichen Lage, und auch Strohals Ausführungen werden von dieser Auffassung beherrscht. Er sagt nämlich,[1] daß er mit der oben wiedergegebenen Wendung nur habe „zum Ausdruck bringen wollen, daß das Recht die akkreszierende Portion nur nachträglich so behandelt wissen will, als ob sie schon von Anfang an mit der ursprünglichen pars mitdeferiert gewesen wäre, er erkenne aber dabei zugleich an, daß der wirkliche Sachverhalt ein anderer war," d. h. doch aber wohl, daß die akkreszierende Portion erst jetzt deferiert wird.

Wir werden hiernach die oben angeführte Streitfrage dahin zu formulieren haben, ob bei Wegfall eines Miterben die successive Berufung sich stets an die übrigen Miterben wenden müsse oder nicht.

2. Für die testamentarische Erbfolge ist dies leicht entschieden mit Hilfe des Satzes: nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest.[2] Danach konnte, wenn einer von mehreren Testamentserben fortfiel, für seinen Anteil nicht die gesetzliche Erbfolge eröffnet werden, sondern die successive Berufung mußte die Miterben treffen.

3. Dem Grundsatz „nemo exparte testatus, ex parte intestatus decedere potest" entspricht für die Intestaterbfolge der zwar nirgends in den Quellen ausgesprochene Satz: „Niemand kann bloß teilweise beerbt werden." Er hat aber keineswegs die Berufung eines jeden auf den ganzen Nachlaß zur Folge, sondern spricht nur aus, daß

1) In der Anm. zu S. 103.
2) § 5 J. 2,14.

diejenigen, welche schließlich wirklich Erben werden, auch zusammen den ganzen Nachlaß erhalten müssen.[1]

Die Herbeiführung dieses Ergebnisses fordert aber keineswegs, daß die Nachberufung sich immer an die Miterben eines Fortfallenden wenden müsse, sondern auch die successive Berufung anderer Personen kann zu demselben Ziele führen.

Damit ist die prinzipielle Möglichkeit des Eintritts einer Nachberufung an Nichtmiterben erwiesen, sie wird auch von Gegnern anerkannt, so z. B. von Büchel.[2]

Es fragt sich also nur noch, ob solche Nachberufung bei Wegfall nur eines oder einiger der Mitberufenen auch wirklich eintrete.

Die Nov. 118 giebt hierüber keinen direkten Aufschluß. Eine Analogie mit der Klasse unde cognati des prätorischen Rechts würde hier versagen. Denn unter dem Prinzip der Gradesnähe konnte die Frage noch garnicht auftauchen. Wenn hier von mehreren Mitberufenen, die also im gleichen Grade stehen mußten, einer wegfiel, so konnten seine Abkömmlinge für die Berufung deshalb nicht in Frage kommen, weil sie einen Grad hinter ihrem parens, und deshalb auch hinter dessen Mitdelaten standen. Sie wären ja auch garnicht berufen worden, wenn ihr parens vor der Delation weggefallen wäre.

Daraus, daß dem früheren Intestaterbrecht die Nachberufung anderer als der Miterben in einen einzelnen vakanten Erbteil unbekannt war, die Novelle

1) Vgl. Fitting a. a. O. S. 150.

2) a. a. O. S. 119 ff. Büchel begründet dies aus der Analogie mit der Vulgarsubstitution. Da hier successive Delation eintrete, müsse dies auch bei der Intestaterbfolge möglich sein, da die entfernteren Descendenten den näheren gesetzlich substituirt seien. Vgl. auch Windscheid a. a. O. § 573 Anm. 5 No. 2 S. 113.

aber eine derartige Nachberufung nicht besonders eingeführt hat, darf man nicht ohne weiteres schließen, daß sie aus dem Erbfolgesystem der Nov. 118 verbannt ist. Im Gegenteil entspricht ihre Anwendung den Zielen, welche Justinian verfolgte, im höchsten Maße.

Daß das Prinzip der Nachberufung überhaupt in der Nov. 118 allgemeine Anerkennung gefunden hat, ist oben S. 42/43 nachgewiesen. Aus diesem Prinzip müssen wir die Konsequenzen ziehen.

Es liegt ihm der Gedanke zu Grunde, daß die in zweiter Linie Berufenen, also die Descendenten des Erstberufenen, nur deshalb von der Erbfolge ausgeschlossen sind, weil ihr Vormann Erbe geworden ist. Wenn dieser Vormann nicht Erbe wird, so hat der Folgende also ein Anrecht darauf, berufen zu werden. Dieses Anrecht muß aber Platz greifen, gleichgültig, ob der Erstdelat allein oder mit anderen zusammen berufen war. Denn wenn der in zweiter Reihe Stehende bei Wegfall eines der mehreren Mitdelaten ausgeschlossen wird, so wird sein Recht dadurch grade so verletzt, wie wenn er bei Wegfall aller Erstdelaten ausgeschlossen würde. Bei Fortfall aller Erstberufenen wird aber sein Recht auf Berufung allgemein anerkannt, es wäre also ein Unrecht, wollte man es ihm versagen, wenn nur einer der Mitdelaten fortfällt.[1]

Das Anrecht der Descendenten ist also stärker als das Recht auf Berufung, welches den Miterben gewährt wird; es läßt letzteres überhaupt nicht zur Entstehung kommen, sondern hat den Vorzug vor der Berufung der Mitdelaten, dem sog. Akkrescenzrecht.[2]

1) Vgl. Kohler a. a. O. S. 117 und 120.

2) Zu demselben Ergebnis kommen unter Berufung auf die Billigkeit und die Absicht der Nov. 118: Dernburg a. a. O. § 134

4. Es wird hier schließlich noch die Frage aufgeworfen, ob infolge dieser successiven Berufung der Abkömmlinge des weggefallenen Mitdelaten eine andere Verteilung des Nachlasses eintrete. Das ist zu verneinen.

Durch die erste Delation hat jeder Miterbe ein Anrecht auf einen bestimmten Teil des Nachlasses erhalten. Dadurch sind die Anteile begrifflich von einander getrennt. Der Teil des weggefallenen Delaten steht rechtlich in keinem Zusammenhange mehr mit den übrigen Erbschaftsquoten, er ist an den Stamm des Erstberufenen gebunden. Darum ist durch die erste Delation definitiv über den Teilungsmodus entschieden. Die erneute Berufung kann zu keinem anderen Teil erfolgen, als die vorangegangene.[1]

No. 2 S. 276 und Windscheid a. a. O. § 573 Anm. 5 a. E., vgl. auch Baron a. a. O. § 410 S. 701.

Dafür hat sich auch Fitting a. a. O. bes. S. 160 ausgesprochen. Er gewinnt dies Ergebnis durch Aufstellung der Rechtsregel, „daß, wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht wirklich Erbe wird, alles juristisch so zu behandeln sei, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre." Daß dieser Satz dem römischen Recht nicht bekannt ist, hat Krieg a. a. O. S. 3 ff. überzeugend nachgewiesen; vgl. auch Dernburg a. a. O. § 128 Anm. 2 S. 265.

Ebenso im Ergebnis auch Merkel a. a. O. bes. § 13, Franke a. a O. bes. S. 180 ff., ferner Hofmann a. a. O. bes. S. 87/88.

Die Gegenansicht wird vertreten von Vangerow a. a. O. § 420 S. 64—67, Köppen a. a. O. § 64, Schirmer a. a. O. S. 264 ff., Puchta a. a. O. § 458 Anm. b S. 659, Arndts a. a. O. § 478 S. 895 und § 518 Anm. 2 S. 956, Seuffert a. a. O. No. 148 (Erk. des Cass. Sen. des OAG. zu Oldenburg v. 13. 9. 71.).

1) So auch Windscheid a. a. O. § 573 Anm. 6, Wendt a. a. O. § 356 S. 812, Dernburg a. a. O. § 134 No. 3 S. 276, Brinz a. a. O. § 384 a. E. S. 143, Vangerow a. a. O. i. d. Anm. zu § 421, Leonhard a. a. O. S. 29; dagegen aber Fitting a. a. O. S. 162.

Schluß.

Kritische Bemerkungen.

§ 16.

Der Hauptunterschied zwischen der successiven Berufung nach BGB. und der nach gemeinem Recht liegt darin, daß das BGB. die successive Berufung stets nach dem Moment des Erbfalls regelt, während das gemeine Recht regelmäßig den Zeitpunkt des Fortfalls des Vorberufenen zu Grunde legt; nur wenn die Miterben des Fortfallenden die Nachberufenen waren, erfolgte auch im gemeinen Recht eine Rückziehung ihrer Berufung auf den Moment der ersten Delation.

Man wird dem vom BGB. durchgeführten Prinzip der Rückziehung kaum den Vorzug geben können.

Mit dem Grundsatz der Verwandtenerbfolge ist es schwer zu vereinbaren, daß thatsächlich ein Erbanfall an Personen erfolgen kann, die zum Erblasser überhaupt nicht in verwandtschaftlicher Beziehung stehen.[1] Das Gesetzbuch sucht dies zwar durch eine Fiktion (§§ 1953 Abs. 2 und 2344 Abs. 2) zu verdecken, allein eine Fiktion schafft Thatsachen nicht aus der Welt. Außerdem führt sie das „unnatürliche Resultat" herbei, daß jemand

1) Vgl. oben S. 35/36.

noch „nach seinem Tode zum Erben gestempelt wird", obgleich „er nie etwas davon hat wissen können und auch nichts von der Erbschaft gehabt hat."[1]

Bei der successiven Berufung testamentarischer Miterben kommt der Verstoß gegen das Verwandtschaftsprinzip nicht in Betracht; auch läßt sich die Zurückbeziehung der Berufung hier dadurch rechtfertigen, daß man annehmen kann, es habe in der Absicht des Testators gelegen, grade dem bestimmten Kreise der Miterben und deren Abkömmlingen die Vorteile aus der Erbschaft zuzuwenden.

Dagegen wird bei der Intestaterbfolge durch die Rückziehung der Wille des Erblassers nicht immer verwirklicht werden. Gewiß ist es gerechtfertigt, anzunehmen, daß ein Erblasser, der ohne Testament stirbt, die zur Zeit seines Todes bestehenden Verhältnisse seiner Beerbung hat zu Grunde gelegt wissen wollen. Führt aber die zur Zeit des Erbfalls ergangene Berufung zu keinem Ergebnis, so kann man wohl vermuten, daß es dem Willen des Erblassers mehr entspricht, bei der folgenden Berufung die veränderten Umstände in Betracht zu ziehen, als auf dem Zeitpunkt des Erbfalls zurückzugreifen.[2]

Auch in dem Mommsen'schen Entwurf ist eine dem entsprechende Regelung getroffen. Hier heißt es in § 9 Abs. 2: „Ist das Erbrecht . . . . . von dem Wegfall zunächst zur Erbfolge berufener Personen abhängig, so tritt die Berufung zur Erbfolge und damit auch der Anfall der Erbschaft erst mit dem Zeitpunkt ein, in

1) Vgl. Baron, Archiv f. d. c. Praxis Bd. 75 S. 256.
2) Vgl. Bähr a. a. O. S. 153.

welchem . . . . . die zunächst berufenen Erben weggefallen sind."

Hierdurch wird in Verbindung mit § 8 des Mommsen'schen Entwurfs zugleich die auch im gemeinen Recht bestehende „Härte,"[1] daß ein zur Zeit des Erbfalls noch nicht Koncipierter auch von der successiven Berufung ausgeschlossen ist, beseitigt.

Die Motive S. 376 meinen, daß bei dieser Regelung der Nachlaß eine Zeit lang ohne Erben sei, was mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Erbfolge in Widerspruch steht. Das dies aber nicht zutreffend ist, ist bereits oben S. 33/34 ausgeführt.

Allerdings bietet die vom BGB. getroffene Regelung einen nicht zu unterschätzenden Vorteil, sie schafft nämlich „einen einheitlichen Zeitpunkt" für die Beerbung einer Person.[2]

Ob aber dieser Vorteil die erwähnten Nachteil überwiegt, dürfte zweifelhaft sein, zumal es erhebliche praktische Schwierigkeiten verursachen kann, einen Erbfall, der thatsächlich vielleicht erst fast 30 Jahre[3] nach dem Tode des Erblassers stattfindet, nach dem Zeitpunkt des Erbfalls zu beurteilen.

1) Vgl. Motive S. 358 und 376.

2) Vgl. Heymann a. a. O. S. 63.

3) Vgl. § 2340 in Verbindung mit § 2082; siehe auch Heymann a. a. O. S. 63.